مقلداً لمن يقول با لبطلا ن لا يصح البيع بالنسبة الى البايع(١-٢-٣)ايضاً لانه متقوم بطرفين فاللازم ان يكون صحيحاً من الطرفين(٤)و كذافى كل عقد كان مذهب احدالطرفين بطلانه و مذهب الاخر صحته ( مسئلة ٥٦) فى المرافعات اختيار [illegible] اذاكان مختا ر المدعى عليه اعلم بل مع وجود الا[illegible] الرجوع اليه مطلقاً(٥-٦)(مسئلة٥٧)حكم الحاكم الجا[illegible] آخر الااذا تبين خطاؤه (مسئلة ٥٨) اذا نقل ناقل [illegible] المجتهد فى تلك المسئلة لا يجب على الناقل اعلام [illegible] احوط بخلاف ما اذا تبين له خطاؤه فى النقل فا نه [illegible] اذا تعا رض النا قلان-٧ فى نقل الفتوى تسا قطا و كذ[illegible] السماع عن المجتهد شفاهاً قدم السماع و كذا [illegible] و فى تعارض النقل مع مافى الرسالة قدم مافى الر[illegible] اذا عرضت مسئلة لايعلم حكمها ولم يكن الا علم [illegible] السؤال يجب ذلك«٩-١٠»والافان امكن الاحتياط تعي[illegible]

(١) بل يصح بالنسبة اليه - ق
(٢) لايبعد جواز ترتيب آثار الصحة بالنسبة الى القائل بصحة العقد - ك
(٣) الاقوى الصحة بالنسبة الى البايع و التعليل عليل و كذا فى سائر العقود - ص
(٤) تلازمهما فى الواقع لا يوجب التلازم فى الحكم الظاهرى فلايبعد جواز ترتيب آثار الصحة للبايع-ط
(٥) اذا كان منشأ النزاع الاختلاف فى الحكم الشرعى و اختلف الاعلم وغير الاعلم فى الفتوى والا [illegible]
[illegible] قد حكم كل من الحاكمين بخلاف الاخر ولو فى الشبهة الموضوعية - ق.
(٧) حكم التعارض ليس على نسق واحد بل يختلف بحسب المقامات-ك.
(٨ ) اطلاقه محل اشكال - ط
(٩ ) او العمل بالاحتياط -ك-
(١٠) على الاحوط -ق
(١١) الاقوى هنا جواز الرجوع الى غير العلم - ط-ق



المسئلة بل يجب الرجوع الى الحى الاعلم فى جواز البقاء وعدمه(مسئلة١٦)عمل الجاهل المقصر الملتفت(١-٢) باطل وان كان مطابقا للواقع واما الجاهل القاصر او المقصر الذى كان [illegible]ل منه قصد القربة فان كان مطابقا لفتوى المجتهد الذى قلده بعد(٣) [illegible]حوط مع ذلك مطابقته لفتوى المجتهد الذى كان يجب عليه تقليده [illegible] المراد من الاعلم من يكون اعرف بالقواعد والمدارك للمسئلة [illegible]لاخبار واجود فهماً للاخبار والحاصل ان يكون اجود استنباطا [illegible]خبرة و الاستنباط (مسئلة ١٨) الاحوط عدم تقليد المفضول [illegible] توافق فتواه فتوى الافضل(مسئلة١٩)لايجوز تقليد غير المجتهد [illegible]ما انه يجب على غير المجتهد التقليد وان كان من اهل العلم [illegible] المجتهد بالعلم الوجدانى كما اذا كان المقلد من اهل الخبرة [illegible]كذا يعرف بشهادة عدلين من اهل الخبرة اذالم تكن معارضة [illegible] الخبرة ينفيان عنه الاجتهاد و كذا يعرف بالشياع المفيد للعلم و كذا [illegible] البينة الغير المعارضة او الشياع المفيد للعلم (مسئلة٢١)اذا كان [illegible]صيل العلم باعلمية احدهما ولا البينة فان حصل الظن باعلمية [illegible] لو كان فى احدهما احتمال الاعلمية يقدم كما اذا علم انهما اما [illegible] اعلم ولا يحتمل اعلمية الاخر فالاحوط تقديم من يحتمل اعلميته

[illegible]ربة - ك
(٢) [illegible] عمل بقصد الرجاء ويحرز مطابقته للوظيفة بعد العمل فالاقوى الصحة ويجب عليه تحقيق ذلك بعد العمل-ق
(٣) بل المعتبر المطابقة للواقع نعم طريق المقلد الى الواقع فتوى المجتهد الذى يجب تقليده فعلا - ك
(٤) مناط صحة عمل الجاهل قاصرا كان او مقصرا عبادة كان العمل او غير هاهو و قوعه مطابقا للواقع او لفتوى من كان يجب عليه تقليده حين العمل نعم يكفى فى احراز الواقع فتوى من يجب عليه تقليده فعلا - ط
(٥) بل الاقوى الجواز - ص
٦ - الاقوى الجواز فى صورة الموافقة - ك
(٧ ) و ان كان الاقوى الجواز - ق

معاونت هماهنگی - اداره مخطوطات
(شناسنامه چاپ سنگی)
فهرست شد
۲۹۷/۳۳۲
ف ۱۷۴ الف
نام کتاب: الفتح القدیر مع متن البدایه والهدایه
مؤلف: ابن همام، محمد بن عبدالواحد ۷۹۰-۸۶۱ ق
مترجم/ شارح/ مصحح:
موضوع: فقه حنفی
زبان: عربی
سال چاپ:
محل چاپ: لکهنو
کاتب:
تاریخ کتابت:
طول: ۳۵ عرض: ۲۰ شماره صفحه: ۹۵۸
شماره عمومی: ۳۳۲-۲۹۷
وقفی/ خریداری: آ. ک. ل. صدس تاریخ: شهریور ۱۳۱۳
مصور ☐ درسی ☐ گراوری ☐ افست ☐
ملاحظات: ضمیمه: نتایج الافکار تکمله فتح القدیر نوشته: احمد بن محمود قاضی زاده
قاضی زاده، احمد بن محمود -۹۸۸ ق

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثالث من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار الربيعية الكاشف لمعضلات الهداية الحادي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية الشهير

# بالفتح القدير
## مع متنه
# الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء الكمل الكملاني الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام اسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح التام من علماء المطبع وسعي من مالك المطبع رقاه الله معارج المعالي

في المطبع الممتاز بين المطابع المعزى الى منشي نولكشور الواقع في مصر لكهنؤ

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب البيوع

عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة حتى اتى على آخر انواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في اخرها ترتيب اول اقسام حقوق العباد اعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكروا ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار انواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا ومؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج العين من ملكه اليه وباعه اذا اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه واما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي انتهى والذي يظهر ان التراضي لا بد منه لغة ايضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا انه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شئ آخر من غير تراض لا يقول فيه اهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه لم يقدر على مثل ذلك في الكتان والصوف للبسه وبناء ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد



من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري شيئا ويبتدئ من اوله شيئا فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج الى ان يؤخذ على التغالب والمقاهرة او السؤال او السجاوة او يصبر حتى يموت وفي كل منها ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل احد ويزري بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك او وكالة او وصية او قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه الذين يعقلان البيع واثره وفي المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم في الحال او في ثاني الحال فيدخل السلم وقد قالوا شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون البيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية واما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين او من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل امارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالمقيم الرطب للمط فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما في بيع المكره وعلى هذا ما اخترناه

من ان حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا **قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول** قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول يعني اذا سمع كل كلام آخر لو قال البائع لم اسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينعقد بالايجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر ان المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف والمتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين اعني الشرطين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شئ ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع ان يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لاي شئ كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع اولا سواء وقع من البائع كبعت او من المشتري كان يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني والا فكل منهما ايجاب اي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب ان يراد بقوله ينعقد يثبت اي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك اي انضمام احدهما الى الآخر على وجه يثبت اثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني ليفيد كونه اعم من اللفظ فهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع واكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي مثله ففي جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتكه بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضي خان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل ان يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفريق واذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به

قوله اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت قال المصنف لان البيع انشاء تصرف اي اثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك

انما هو تارة للاخبار عن الكائن او ما سيكون وطلبه قولهم من الانشاء والتمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج
لمعناه يطابقه او لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما بينه الا ترى ان لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي مالا ليس علة للترجي ذلك او تمنيه بل دال
على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كانه اخبر عن قيامهما به غير ان اهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطلقت فانه علة
يثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا ممن له الخلق والامر تبارك الله
رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا او لا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل
في اثباته من اللغة لفظ الخبر وصنعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد اي يثبت به واما تعليله بان لفظ الماضي ادل على الوجود فانه
لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختير له فربما يعطي قصر العلة عليه وليس كذلك بل الوجه انه تعليل اولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غيره
فانه لا يقتصر عليه كما ستسمع قوله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك قوله ولا ينعقد بلفظين
احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك اما البيع فاذا قال بعنيه بالف فقال بعتك
لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه مما قال الطحاوي انه ينعقد بثلاثة الفاظ قال وقد مر الفرق هناك يعني قوله لان هذا
توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممتثلا امر الموكل مزوجا له ووليا لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع
فذكرنا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لا يصرح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتامل واستخارة غالبا
فلا يكون لفظ طلبه اعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل تلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم
العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا الاتم فرق المصنف ره لانه مبني على كونه توكيلا واما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين
بالاولياء بخلاف رد البيع فمبني على جعل الامر ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لانه
ايضا شين وانكسار لمحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامس
اذا قال لعبده اشتر نفسك مني بالف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابع
قال لصاحب الدين ابرئني عما لك علي من الدين فقال ابرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال كفل بنفس فلان لفلان
فقال كفلت تمت فاذا كان غائبا فقدم واجاز كفالته جازت واعلم ان عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال اما اذا
تصادقا على اثبات البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في
صيغة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع
للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز انتهى وعلى هذا ينبغي ان يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو
الامر فلو ادعى في قوله يعني انه اراد معنى اشتريته بكذا ينبغي ان لا يصدقه القاضي مثال ذلك ان يقول ابيع منك هذا بكذا او اعطيكه
فقال اشتريه او اخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على
احد القولين والا فالمختار انه موضوع للحال واما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك
لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال الانقطاع فلا يتجوز به فيه فلا يقال بعنيه والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد
لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المقرون بالسين نحو سابيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال فان



ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم ان يكون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشتري مال ابنه لنفسه او يبيع ماله
منه والوصي عند ابي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه او لنفسه منه بشرط المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويسي بما اذا لم يكن
نصبه القاضي قوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي
معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود قوله رضيت هذا بدرهم فقال بعتك او قال اشتريته بدرهم فقال رضيت او قال اعطيتك
بكذا فقال فعلت او اجزت او اخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع او المشتري تم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا لفظة
خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال اخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان
كالماضي الا ان استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي
هذا بالف فقال فهو حر عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها لانها تؤدي معنى البيع والمعنى
هو المعتبر في هذه العقود الا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك او وهبت لك هذه الدار وهذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع باجماع قالوا
انما قال في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى
اثره في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضاء ان لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا
اذا اوبح فلا فرق بين بعت وابيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي
ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينو به فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية ومن الصور لفظة نعم
تقع ايجابا في قول المستفهم ابيعني عبدك بالف فقال نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا ابيعك ومنها اشتريته منك بالف
فقال نعم او هات الثمن وكذا اذا قال هذا عليك بالف فقال قبلت ولو قال هو لك بالف ان وافقك او ان اعجبك او ان
اردت فقال وافقني او اعجبني او اردت انعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك
صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان اديت ثمنه فقد بعته منك فادى في المجلس جاز استحسانا فرع
في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بالف فقال اشتريت بالفين جاز فان قبل البائع الزيادة تم بالفين
والا صح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بالفين فقال البائع بعتكه بالف جاز كانه قبل
بالفين وحط عنه الفا ولو ساومه بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من اول الامر فذهب والباقي
بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم باحدهما كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف
لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة الاف فهو كقوله قبلت الآخر
بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بالف بمائة دينار انما لزمه
الثاني وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادات فهو اوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري ولهذا ينعقد
بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قوله ولهذا ينعقد اي ولان المعتبر هو المعنى ينعقد بالتعاطي
في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونها وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي انه انما ينعقد
بالتعاطي في الخسيس فقط لا في الاشياء النفيسة واراد بالخسيس الاشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة

قال ابو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا فاخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو الدلالة على التراضي يشمل الكل وهو المصحح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع انتهى وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال الرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال باخذه فلان فان قال لم امره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا ان يسلمه لمشتري له فان سلمه واخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكان العهدة عليه اي له اخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر الف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيتك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستانف بيعا جاز الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فاعطاه الثمن وكاله له جاز ومن صوره ما اذا جاء المودع بامة غير المودعة وقال هذه امتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فاخذها حل الوطء للمودع وللامة التمكين وعن ابي يوسف لو قال للخياط انه ليست هذه بطانتي فحلف الخياط انها هي وسعه اخذها ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم فقال صنعه وفي اجناس الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب بمثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع من دفع الثمن واخذ اللحم او امتنع القصاب من دفع اللحم اجبرهما القاضي وكذا اذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة ارطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة ارطال فوزنها له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب او من الفخذ هكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة اختارها فذهب بها والبائع ينظر او عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تم البيع واختلف في ان قبض البدلين شرط في بيع التعاطي او احدهما كاف والصحيح الثاني وفي بعض محمد رح على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على ان تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر ومنها لو رد بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست فاخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي قال **واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر** قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رده وللموجب ايما كان بائعا او مشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض اقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذي اثبت لهذه الولاية فله ان يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تفيده الا يرى ان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد ان يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل وارد وفي الكافي في الزكوة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وانما الغائب وصفه وهو النماء وبعد اخذ السبب حكمه تم الامر فيما نحن لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا وله ان يقبل ما دام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد فاختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه او لو قام احدهما فلم يذهب فقام



فظاهر الهداية عليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضي خان حيث قال فان قام احدهما بطل يعني الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان اقوى ويعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وههنا لم يبق فان الاصل ان لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الا ان للمجلس اثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه اشير في جمع التفاريق وهذا شرح في قوله فيما يأتي وايهما قام الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعد ما مشى خطوة او خطوتين جاز ولا شك انهما اذا كانا يمشيان مشيا متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلوة فريضة ففرغ منها واجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم الى ركعة الايجاب الاخرى ثم قبل بخلاف ما لو اتمها اربعا وفي يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو نام جالسين لا يختلف ولو مضطجعين او احدهما وفي فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدا وهي تجري فاجاب الآخر لا ينقطع المجلس بجريان لانهما لا يملكان ايقافها وقيل يجوز في الماشيين ايضا ما لم يتفرقا بذاتيهما اما السير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بالف ثم قال لآخر بعتك بالف فقبلا فهو للثاني لا الاول ولو قال بعتكه بكذا فلم تقبل حتى قام البائع في حاجة بطل **والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة**

قوله والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة فصورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد والرسالة ان يقول اذهب الى فلان وقل ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء واخبره واجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدي فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فذهب فاخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل اتصل لفظ بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير امره لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعتكه لا يتم ما لم يقل الاول قبلت واما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه يعني بكذا فقال بعته تم البيع وليس مراد محمد ههنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد بالبيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فيعني من الحاضر يكون استينافا عادة واما من الغائب بالكتابة فيراد به احد شطري العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وارسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر او لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المراة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو ان تقول المراة خالعت زوجي وهو غائب او يقول العبد قبلت عتق سيده الغائب على الف فانه يتوقف بالاجماع وفي النكاح مر الخلاف فعند ابي يوسف رح يتوقف وعندهما لا وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك

على ما ذكرنا قوله وليس له ان يقبل الخ يعني الا ان يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض فيكون البيع ما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد او كيل
او موزون فاما اذا كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب هذا فانها مما وقع فيها تجاذب فنقول
الظاهر من نظم الكلام ان ضمن له في قوله وليس له راجع الى احد المتعاقدين في قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع او الآخر وحينئذ يكون
اعم من البائع والمشتري فمعناه في البائع انه اذا اوجب المشتري البيع بان قال اشتريت هذه الاثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع ان
يقبل في بعض المبيع من الاثواب والثوب لعدم رضاء الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه
تحصيل باقي الاثواب لو بقيها وبعضها لا تقوم بحاجته فلو الزمنا البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور والمعاني
المشتري فمعناه اذا اوجب البائع البيع فليس للمشتري ان يقبل في بعضه اذ يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة ان يضم الباعون الجيد الى
الردي ليروجوه فلو الزمناه البيع يبقى الردي ويذهب ما يروجه فيتضرر بذلك ومعلوم ان القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه
المصنف رح للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا ان يقبض المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم
كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه اي وليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع الذي اوجب فيه المشتري البيع
ولا ان يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هو البائع والحاصل ان عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة
يوجب ان يعرف بماذا تثبت اتحادها وتفريقها فاعلم انه تارة يكون من تعدد القائل وتارة من غيره فاما من تعدد القائل امتناعه لما فيه
من الزام الشركة مثاله ان يقول البائع للمشتريين بعتكما هذا بالف فقال احدهما اشتريت دون الآخر لتعددت فلا يلزم لانه لو تم في
النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال
رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بالف فباعه احدهما دون الآخر فان بيعه المشائع في نصيبه فتعددت فلا تم تضرر المشتري الموجب بالشر
كة ايضا واما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك واشترينا منك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا للتعدد ولا بتعدد
العاقدين بل لاجابته في البعض الا ترى ان الموجب فيها لو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة فعرف ان هذا من جهته
آخرى اما من تعدد العاقد واما من غيره فبصورتين احدهما ان يوجب البائع في مثليين او واحد قيمي او مثلي فيقبل في البعض او يوجب
المشتري فيما ذكرنا بان يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل في بعضها
فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما ان يكون بلا تكرار لفظ البيع او بتكراره ففيهما اذا كرره فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل
في احدهما صح مثل ان يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف او اشتريت منك هذين اشتريت هذا بالف
وهذا بالف كذا في موضع وفي موضع ان يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف وهذا بالفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا
بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية انه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية ما لو
كرر لفظ البيع فاما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا استحسانا
فليس له ان يقبل في احدهما وقيل الاول استحسان وهو قول ابي حنيفة رح والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد
تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته ليس الا قصده بان يبيع منه ايهما شاء والا فلو كان غرضه ان لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن
فائدة تعيين ثمن كل منها **واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم**



**رؤية وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ
ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها
او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال**

قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وهو
قول مالك رح وقال الشافعي واحمد رح لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلوة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا او يكون البيع خيارا رواه البخاري من
حديث ابن عمر رض قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر وروى البخاري ايضا من حديث حكيم بن حزام
رضي الله عنه عنه عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس اما السمع فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى
لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد اباح الله تعالى اكل المشتري
قبل التخيير وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم امر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان
ابطالا لهذه النصوص ولا تخلص له من هذا الا ان يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم لم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه [illegible] اختيار الرضا
بعد الايجاب والقبول بالاحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الا به شرعا فانما اباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض
واما حديث حبان بن منقذ رح حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا ابتعت فقل لا خلابة ولي الخيار فقد اثبت له اشتراط خيار آخر هو ثلاثة ايام انما يدل
على ان خيار ثلاثة ايام لا يثبت الا باشتراط في صلب العقد لا اصل الخيار ولا تخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء غير لازم من
الحديث المذكور كما فعل المص بناء على ان حقيقة المتبايعين المتشاغلان بامر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازه والمتشاغلان يعني المتساومين
يصدق عند ايجاب احدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا محمل ابراهيم النخعي لا يقال هذا ايضا مجاز لان قبل قبول الآخر ثابت
بايع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة
لتصدق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في اجزاء فبالضرورة يصدق مخبر حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولانا نفهم من قول
القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر انهما يتشاغلان بامر البيع يتراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقة متعين فيكون
الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم انهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم اوجب احدهما البيع يلزم الآخر من غير ان يقبل ذلك اصلا للاتفاق
والتراضي السابق في الزامه بكلام احدهما بعده قال المص رح او هو يحتمل فيحمل عليه جمعا بين ما ذكرنا من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام [illegible]
والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الايجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على امر آخر لا يقال انما في خيار القبول خيار احد المتبايعين وهو الثاني القائل
لا خيار لهما لانه ممنوع بل الموجب ايضا له خيار ان يرجع قبل قبول الآخر وان لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال
وهو ان يقول الآخر بعد الايجاب لا اشتري او يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مرادا به تفرق اقوالهم كثير في الشرع والعرف قال
الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة [illegible]
باحدهما في قوله او يقول احدهما لصاحبه اختر الموجب يقوله بعد ايجابه للآخر اختر تقبل او لا والاتفاق على انه ليس المراد ان يجدد قوله اختر [illegible] البيع
بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه اعلم واما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة
تم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع واما ما يقال تعلق حق كل من المتعاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله بغير رضاه بان ذلك
بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث وانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرنا من معنى المتبايعين واما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل

بہ فلو كان المراد بہ ذلک يميل بہ فغاية فی النصف اذ ترک العمل بہ ليس حجة علی مجتهد غيره بل مالک عند محجوج بہ قال والاعواض المشار اليها
لايحتاج الی معرفة مقدارها فی جواز البيع لان بالاشارة كفاية فی التعريف وجهالة الوصف فيہ لاتفضی الی المنازعة
قولہ والاعواض المشار اليہ سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب او اثمانا كالدراهم والدنانير لايحتاج الی معرفة مقدارها فی جواز البيع فاذا قال
بعتک هذه الصبرة من الحنطة او هذه الكورجة من الارز والشاشات وهی مجهولة العدد وبهذه الدراهم التی فی يدک وهی مرئية لہ فقبل جاز ولزم
لان الباقی جهالة الوصف يعنی العدد وهو لايضر اذ لايمنع من التسلم والتسليم لتجلة لجهالة القيمة لاتمنع الصحة وفی الفتاوی قال لغيره لک فی يدی
ارض خربة لاتساوی شيئا فبعها منی بستة دراهم فباعها وهو لايعلم وقيمتها اكثر جاز البيع بخلاف السلم لاينشار للعوض فيہ للاجل فلا يصح فی السلم فيہ
اتفاقا ولا فی راس مال السلم اذا كان كيليا او موزونا عند ابی حنيفة رح لمايجی ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير
جنسها اما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربوا او احتمال الربوا مانع كحقيقة الربوا
شرعا والتقييد بمقدارها فی قولہ لايحتاج الی معرفة مقدارها احتراز عن الصفة فانہ لواراه دراهم وقال اشتريتہ بهذه فوجدها زيوفا اونبهرجة كان لہ ان يرجع بالجياد
لان الاشارة الی الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الی الجياد ولووجدها ستوقة او رصاصا فسد البيع وعليہ القيمة ان كان اتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من
الدراهم فوجد البائع مافيها خلاف نقد البلد فلہ ان يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم فی البيع ينصرف الی نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولاخيار للبائع
بخلاف مالو قال اشتريت بما فی هذه الخابية ثم راى الدراهم التی كانت فيها كان لہ الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار مافيها من خارجها وفی الخابية
لايعرف ذلک من الخارج فكان لہ الخيار ويسمی هذا الخيار خيار الكمية لاخيار الروية لان خيار الروية لايثبت فی النقود والاثمان المطلقة لاتصح
الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الی المنازعة فيمتنع التسليم
والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قولہ والاثمان المطلقة ای من قيمة الاشارة لاتصح حتی تكون معلومة القدر كخمسة
وعشرة دراهم او اكرار حنطة بخلاف مالو اشتری بوزن هذا الحجر ذهبا فانہ ليس عوضا مشارا اليہ فان المشار اليہ الحجر ولايعلم قدر مايوزن بہ من
الذهب فلهذا اذا اشتری بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن بہ كان لہ الخيار ومما لايجوز البيع بہ البيع بقيمتہ او بما حل بہ او بما يريد او بما يحب او براس مالہ او بما
اشتراه او بمثل ما اشتری فلان فلا يجوز فان علم المشتری بالقدر فی المجلس فرضيہ عاد جائزا وكذا لايجوز بالف درهم الا دينارا او بمائة دينار الا درهما
وكذا لايجوز بمثل مايبيع الناس الا ان يكون شيئا لايتفاوت كالخبز واللحم والصفة كعشرة دراهم بخارية او سمرقندية وكر حنطة بحرية او صعيدية
وهذا لانها اذا كانت مجهول الصفة يتحقق المنازعة فی وصفها فالمشتری يريد دفع الادون والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو
دفع الحاجة بلامنازعة واعلم ان الاعواض فی البيع اما دراهم او دنانير فهی ثمن سواء قوبلت بغيرها او بجنسها فيكون صرفا واما اعيان ليست
كيلية ولاموزونة فهی مبيعة ابدا ولايجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيہ السلم كالثياب وكما تثبت الثياب بہ دينا فی الذمة بطريق السلم يثبت دينا
موجلا فی الذمة علی انها ثمن فح يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم فی كونها دينا فی الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف
فی الذمة الی اجل جاز ويكون بيعا فی حق العبد حتی لايشترط قبضہ فی المجلس بخلاف مالو اسلم الدراهم فی الثوب وانما ظهرت احكام المسلم فيہ فی الثوب حتی شرط فيہ
الاجل وامتنع بيعہ قبل قبضہ لالحاقہ بالسلم فيما كيل او موزون او عددی متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهی مبيعات او بامثالها من المثليات فما كان موصوفا فی الذمة
فهو ثمن وما كان عينا فمبيع فان كان كل منها معينا فما صحبہ حرف الباء او لفظ علی كان ثمنا والآخر مبيعا وقال خواهرزاده رح فی شهادات الجامع الكبير
والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليہ حرف الباء او لم يدخل فلهذا لو قال اشتريت منک كذا حنطة بهذا العبد لايصح الا بطريق السلم فيجب ان يعرف



الاجل للحنطة واعلم ان التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا فی الفتاوی لو قال اشتريت منک هذا الثوب او هذه الدار او هذه البطيخة بعشرة
ولم يقل دنانير او دراهم ان كان فی البلد يتباع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع فی الدار بعشرة دنانير وفی الثوب بعشرة
دراهم وفی البطيخة بعشرة افلس وان كان فی بلد لايتباع الناس بهذه الجملة ينصرف الی مايتباع الناس بذلک النقد انتهی وحاصل هذا
انہ اذا صرح بالعدد وتعيين المعدود من كونها دراهم او دنانير او فلوسا ثبت علی ماناسب البيع ولو وقع شک فيما يناسب وجب ان لايتم البيع
قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قولہ تعالی واحل اللہ البيع وعنہ عليہ السلام انہ اشتری
من يهودی طعاما الی اجل ورهنہ درعہ ولابد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيہ مانعة عن التسليم الواجب بالعقد
فهذا يطالبہ بہ فی قريب المدة وهذا يسلم فی بعيدها قولہ ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل لاطلاق قولہ تعالی واحل اللہ البيع وبالثمن
المؤجل بيع وفی صحيح البخاری عن عائشة رضی اللہ عنها اشتری رسول اللہ صلی اللہ عليہ وسلم طعاما من يهودی الی اجل ورهنہ درعا من حديد وفی لفظ
الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمی هذا اليهودی فی سنن البيهقی اخرجہ عن جابر انہ عم رهن درعا عند ابی الشحم رجل من بنی ظفر فی شعير ولابد ان يكون
الاجل معلوما لان جهالتہ تفضی الی المنازعة فی التسلم والتسليم فهذا يطالبہ فی قريب المدة وذلک فی بعيدها ولانہ عليہ الصلوة والسلام فی موضع شرط
الاجل وهو السلم اوجب فيہ التعيين حيث قال من اسلف فی تمر فليسلف فی كيل معلوم ووزن معلوم الی اجل معلوم وعلی كل ذلک انعقد الاجماع
واما البطلان فيما اذا قال بعتک بالف حالا وبالفين الی سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعہ بالف علی ان يؤدی اليہ الثمن فی بلد
آخر ولو قال الی شهر علی ان يؤدی الثمن فی بلد آخر جاز بالف فی شهر ويبطل شرط الايفاء فی بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لاحمل لہ ولامؤنة
لايصح فلو كان لہ حمل ومؤنة صح ومنہ علی قول محمد رح ما اذا باعہ علی ان يدفع اليہ المبيع قبل ان يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رح
علله بتضمنہ اجلا مجهولا حتی لو سمی الوقت الذی يسلم اليہ فيہ المبيع جاز البيع واما ابو يوسف رح فانما عللہ بالشرط الذی لايقتضيہ العقد
قال ومن اطلق الثمن فی البيع كان علی غالب نقد البلد لانہ المتعارف وفيہ التحری للجواز فيصرف اليہ فان كانت النقود مختلفة
فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل فی الرواج سواء لان الجهالة مفضية الی المنازعة الا ان ترتفع الجهالة
بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليہ تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة فی المالية فان كانت سواء فيها
كالثنائی والثلاثی والنصری اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالی بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا
قالوا وينصرف الی ما قدر بہ من ای نوع كان لانہ لامنازعة ولا اختلاف فی المالية قولہ ومن اطلق الثمن فی البيع ای اطلقہ
عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال عشرة دراهم مثلا انصرف الی غالب نقد البلد لانہ هو المتعارف فينصرف المطلق اليہ فان كان اطلاق اسم الدراهم
فی العرف يختص بجامع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدرهم بالعرف القولی وهو من افراد تلک الحقيقة بدلالة العرف واذا كان التعامل بها فی الغالب
كان من تركها بدلالة العادة وكل منها واجب تحريا للجواز وعدم اهدار كلام العاقل فان كانت النقود مختلفة المالية كالذهب الاشرفی والناصری
بمصر لكنها فی الرواج سواء فالبيع فاسد لعدم امكان الصرف الی احدها بعينہ دون الآخر لما فيہ من التحكم عند التساوی فی الرواج واذا لم يمكن الصرف الی
احدها والحالة انها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية الی النزاع لان المشتری يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد الاعلی فيفسد البيع الا ان
ترتفع الجهالة ببيان احدها فی المجلس وبرضاء الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونہ بعنی هذا الثوب ببعض العشرة التی
لی عليک وبعنی الآخر بباقی العشرة فقال نعم كان البيع صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الی المنازعة بضم البيع الثانی اليہ اذ بہ يصير ثمنهما عشرة وهذا محمول علی

قبول الدائن بعد قول المديون نعم ونحوه وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذى تقدم من وجوب الحمل
للعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدى من ايهما شاء لانه لا فضل لاحدهما فلو طلب البائع احدهما بعينه
كان للمشترى ان يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما اعطاه المشترى مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وبهذا قلنا
الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو اراه درهما اشترى به فباعه ثم حبسه واعطاه درهما آخر جاز يعنى اذا كانا متحدى المالية والثنائى والثلاثى
اسماء دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركنى والخليفتى فى الذهب كان الخليفتى افضل مالية عندهم والعدالى اسم لدرهم قال ويجوز
بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان
يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة
القيمة قوله ويجوز بيع الطعام وهى الحنطة ودقيقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
صاعا من طعام او صاعا من شعير فقوله والحبوب عطف العام على الخاص ويقدر مثله فى اى وباقى الحبوب فلا يتناول الطعام مكايلة اى بشرط عدد
من الكيل والافعى اللغة المكايلة ان تكيل له ويكيل لك ومجازفة اى بلا كيل ولا وزن بل باراءة الصبرة والجزف فى الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف
له فى الكيل اى اذا اكثر ومرجعه الى المساهلة قال المص وهذا يعنى البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية
اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربوا وهو مانع كحقيقة الربوا وهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها واما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز
فى الفتاوى الصغرى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم فى الكثير حرم فى القليل والمقيد تقييد ايضا بما اذا باع غير المحسوب من الروايات
بجنسها كفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب انه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو
احتمال الربوا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة فى كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذى
ذكره بمعناه وهو ما روى اصحاب الكتب الستة الا البخارى عنه عليه السلام انه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير
والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد ولان هذه الجهالة غير مانعة من التسليم
والتسلم لتعجيل التسليم على ما تقدم فلا يمنع فشابه جهالة القيمة للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوى مائة درهم والبائع لا يعلم قيمته
المباع لزم البيع قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لما
انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابى حنيفة رح
انه لا يجوز فى البيع ايضا والاول اصح واظهر قوله ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره قد قيد الاناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة
والنقصان كان يكون من خشب او حديد اما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها او راوية من ماء النيل عن ابى حنيفة
رح انه لا يجوز لان الماء عنده ليس بمال لا يعرف قدر القربة لكن اطلق فى المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة فى البلد مع غالب السقائين
ولو ملاه باصغر منها لا يقبل وكذا رواية منه يوفيه فى منزله وعن ابى يوسف رح اذا ملاها ثم تناضيا جاز كما لو باع الحطب ونحوه احمالا لا يجوز
ولو حمله على الدابة ثم باع الحمل جاز لتعين قدر البيع فى الثانى وفى الخلاصة اشترى كذا وكذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة
معينة وعن ابى يوسف رح ايضا يجوز فى القرب مطلقا وفى المحيط بيع الماء فى الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله فى وعاء ووجهه فى المبسوط مسئلة الكتاب
بان فى التعيين مجازفة فيجوز بمكيال غير معروف اولى وفيه نظر فان فى المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة ليفيد الاحاطة لمقدار جرمه واقطاره و



مثل هذا التغير لا يحصل بما فى كيل غير معلوم قبل ان تصب فالاولوية منتفية بلا شك والوجه يقتضى ان يثبت الخيار اذا كال به او وزن المشترى كما فى
الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص فى جمع النوازل على ان فيه الخيار اذا علم به ومعلوم ان ذلك بالوزن وفى جمع التفاريق عن محمد رح جواز الشراء
بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغى ان يكون هذا محمل الرواية عن ابى حنيفة رح انه لا يجوز فى البيع ايضا كما لا يجوز فى السلم فقوله لا يجوز اى لا يتم قال
المص والاول اصح اى من جهة الرواية واظهر اى من حيث الوجه المذكور فى الكتاب وحاصله ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضى الى
المنازعة وهى المانعة وذلك لانه يتعجل فيندر هلاكه بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر ويتعذر تسليم المسلم فيه ولا يخفى ان هذا الوجه لا ينفى
ثبوت الخيار واقرب الامور الى ما نحن فيه قول ابى حنيفة رح فى المسئلة التى تلى هذه وهى ما اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم انه اذا كان فى المجلس حتى
عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشترى كما اذا رآه ولم يكن رآه مع ان الفرض انه راى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية ام
صار كما اذا راى الدهن فى قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روى عن ابى يوسف رح اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى
لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف
يوجب نقصانا فى ذلك الزمان وما قد يعرض من تاخره يوما او يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلاف فى وزن ذلك الحجر لتخمينه الهلاك فيتعذر
التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض ان اقل مدة السلم ثلاثة ايام ولا شك ان تاخير التسليم فيه الى مجلس آخر يفضى الى المنازعة لان هلاكه
ان ندر فالاختلاف فى انه هو او غيره والتهمة فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع فى ذلك بالتعجيل كما فى عبارة المبسوط حيث قال اشترى
بهذا الاناء يدا بيد فلا باس به ثم ان فى التعيين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكر وتقدم النظر
فى الاولوية هذا واورد على التعليل بان الجهالة لا تفضى الى المنازعة ما اذا باع عبدا من اربعة ياخذ المشترى ايهم شاء او باع باى ثمن شاء فالبيع
باطل مع انه لا يفضى الى المنازعة اجيب بان المبطل فى المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة فكان مقتضاه انه لا يجوز فى عبد من
ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتى ولا شك ان القياس ما عن ابى حنيفة رح فى القربة من ماء النهر فانه كبيع الطير قبل ان يصطاده
كما لو باعه كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة صرح جوابه بانه لا يجوز الا ان يكون سلما اما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد ان يسمى نوع القربة
فى ديارنا بمصر اذا لم تكن معينة مثل قربة كساقية او سقاوية او رواية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير اهدر فى الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة
فى بيت او مطمورة فى الارض والمشترى لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء تركه وان
كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا ان يظهر تحتها دكان او صفة ونحوها كذا فى فتاوى القاضى وعن ابى جعفر رح باع
من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفى الفتاوى بعت منك ما فى هذه الدار من الرقيق والدواب
والثياب والمشترى لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة البيع ولو قال ما فى هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز فى البيت جاز فى
الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشترى بنصيبه دون علم البائع او تصديق البائع فيما يقول ولو اشترى
موزونا باناء على ان يفرغه فيزن الاناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلهذا اختلفوا فيما اذا
باع الجمد الكائن فى المجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم او لا ثم يبيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه ابى جعفر رح اذا اسلم قبل ثلاثة ايام ولو اسلم
بعدها لا يجوز لانها تذوب فى كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير ان النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبرة فلذا اهدره جاز وقيل انه
يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر الى ما يعده الناس كثيرا لجنب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتى من هذا الباب شئ

في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي
جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان
تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد
بالاجماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز
في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمي جملة قفزانها لانه
علم بذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند
ابي حنيفة رح يعني ان موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس او كيله فيه فيثبت ح على
وجه يكون الخيار للمشتري فان رضي بها يلزم البيع على البائع وان لم يرض او يتوقف على قبوله ايضا وروى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح انه
لا يجوز الا باعتبارهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضي المشتري باخذ الكل لا يملك فسخه وقال ابو يوسف ومحمد صح البيع في الكل
وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسمية
جملة القفزان له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن ولا جهالة في القفيز فلزم فيه فاذا زالت بالتسمية او الكيل في المجلس ثبت الخيار
كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد
وفي المحيط عن بعض المشائخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا
يلزم اسقاط خيار اربعة ايام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الاجل المجهول بعدها حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيها لم يكن
في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان اثر الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل واما ما اورد من
ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة لانه بعد العلم بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا او قليلا فجوابه ان
المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدرا لعدم الاشارة ولا معرفة له شرعا غير ذلك واما الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب
المشتري بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهافت ظاهر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان يكيله ليعرف القدر
الذي يطالبه به اذ لا يمكن ان يطالبه الا بكمية خاصة مشارا اليها او مضبوطة الوزن وح يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا بالتقدير
كان مطلا لا المنازعة المفسدة ولهما ان هذه جهالة بيدهما ازالتها بان يكيلا في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تفضي الى المنازعة كبيع عبد من
عبدين او ثلاثة على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهما شاء وقد اورد عليه نقض اجمالي لو صح ما ذكر من ان الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة
لزم صحة البيع بالرقم عندهما وان يجوز بيع عبد من اربعة على ان المشتري مخير في تعيينه وان يجوز البيع باي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل
اجيب بان البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه انه سيظهر كذا او كذا وجوازه اذا علم
في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول بالبيع باي ثمن شاء ومثله
في العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا ان لا يجوز في عبد من ثلاثة الا انه يثبت
بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة ايام ولا يخفى ان كل اجوبة هذه النقوض تصلح ادلة لابي حنيفة رح فانها تضمنت تسليم ان الجهالة وان كانت بيدهما
ازالتها اذا كانت في صلب العقد وهي ان تكون في الثمن كالبيع بالرقم وباي ثمن شاء او في المبيع كبيع عبد من اربعة يمنع جواز البيع وجهالة الثمن على



وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت في محل النزاع اذ جاز ان لا يظهر كونه مائة او خمسين الا بكيل احدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي
الرقم ليظهر بالبائع فقط لا اثر له في دفع معنى الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد واذا فسد البيع في عبد من اربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها
في الاحتمالات الاربعة لا تعدد لها فلان يفسد في صبرة لا يقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه اربع كيلات او عشرة اولى بل ويحيل عليها بطلان
قياسهما على بيع عبد من عبدين اذ اظهر من الجواب انه معدول عن القياس ولذا امتنع في اربعة اعبد فح يرجح قول ابي حنيفة رح وظهر لك ان كون
العاقدين بيدهما ازالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة
مع امكان ازالتها فيها وغايته اذا ازيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت لعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولعله
الفروع المذكورة امثال يطول عدها يبطل البيع فيها لجهالة في الثمن او المبيع مع امكان ازالة احد المتعاقدين لها وتاخير صاحب الهداية دليلهما
ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع واما ما يحمل قول ابي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من ان الاصل عنده انه متى اضيف كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما
يتناول ادناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بان عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم تلزمه في شهر واحد فلا حاجة له هنا لانه لو صح
صحة هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه اصل هذا الاصل فرع اشترى
طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط ان يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو كان
في المصر وشرط ان يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله تشترط ان يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد والحسن ابو حنيفة وابو يوسف رح
جوازه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة اخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلاف خارج المصر وبعض
المشائخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الائمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد شرطه
ملائم بخلاف الحمل ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم
ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من
قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول
فوضح الفرق قوله ومن باع قطيع غنم الخ لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات
بان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة
اما اذا سمي احدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة او التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من ان
الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها بيدهما غير ان الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم
الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد فسد في الكل ولهذا لو باع شاة او عشرا من مائة شاة او بطيخة او عشرا من وقر
بطيخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي ان ذلك في ثوب يضره التبعيض اما في الكرباس
فينبغي ان يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متقارب كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب
والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن ابي حنيفة رح لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الاليق
بالصلة المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب ان يجوز في
وقر واحد عند ابي حنيفة رح كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز البيع اصلا عند ابي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان

جنسا واحدا فى كل العنب كل وقر با قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا اورد الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان
العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من اجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على الناس انتهى وتفريع
الشهيد اوجه قال ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشترى بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته
من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع
وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف فيه ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل
فالمشترى بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف فى الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض
والوصف لا يقابله شئ من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا
يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى ولا
خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم
فوجدها ناقصة فالمشترى بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر
الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار
ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة فى الذراع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما
يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط قوله ومن باع صبرة طعام على انها مائة قفيز مثلا بمائة تعلق العقد
على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشترى الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع
المثلى كيلا او وزنا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الخلاف فى كل كيلى وموزون وان وجدها زائدة فالزيادة
للبائع لان البيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل فى العقد فيكون للبائع ولو كان المشترى ثوبا او ارضا على انه
عشرة بعشرة او مائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة او المائة كان الكل
للمشترى ولو كان قال على انها مائة ذراع مثلا بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشترى الخيار ان شاء اخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع
لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذراع فى المذروعات
وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة اجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما اذا قال على
انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا فى هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شئ من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى
جارية فاعورت فى يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن او اعورت عند المشترى جاز له ان يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن فى صورة
النقص وانما تخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزائد فى صورة الزيادة
كما اذا باعه على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان افرد بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع
عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين ان يأخذ
الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة فى هذه الصورة وهذا لانه لو اخذ بكل الثمن
لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم يسلم له الزيادة لصيرورته اصلا كما لم يسلم له الثوب المنفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط



ان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجرى فى تعيين الثوب الذى يرد الى البائع بسبب
انه اصل من كل وجه اما هنا فالذراع ليس اصلا من كل وجه فيثبت له الخيار بين ان يأخذ الزائد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له اخذ الزائد
لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم تكن تلزمه هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر انهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم
يعتبروا القدر فى المثليات الا اصلا واتما مع ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل
لان المثلى لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين فى القلة لم ينقص قيمة القفيز بخلاف الثوب
والارض الا ترى ان الثوب الذى عادته عشرة ثمنه عشرة وهو قدر ما يفصل ثيابا او فرجية كان بثمن اذا قسم على اجزائه يصيب كل ذراع منه
مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو فى الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذى يصنع بالثوب
الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل منفرد ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابى حنيفة
رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز فى قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه
عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف
السهم ولا فرق عند ابى حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة
قوله ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابى حنيفة رح وقالا هو جائز وبه قال الشافعى رح وان اشترى
عشرة اسهم من مائة سهم منها جاز فى قولهم جميعا ومبنى الخلاف على ان المؤدى من بيع عشرة اذرع من مائة ذراع معين او شائع فعندهما شائع كانه
باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما فى بيع عشرة اسهم من مائة سهم وعنده مؤداه قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة فى تعيين
مكان العشرة فيفسد البيع فلو اتفقوا على ان مؤدى عشرة اذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على انه معين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم
فى نكاح الصابئية بنى على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم او لهم كتاب فلو اتفقوا على الثانى اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على
عدم الجواز فالشان فى ترجيح المبنى فابو حنيفة رح يقول الذراع اسم لما يذرع به ومعلوم انهم لم يريدوا بالبيع عشرا من الخشبات
التى يذرع بها فكان مستعارا لما يحله وما يحله معين فكان المبيع معينا مقدارا بالعشرة اذرع بخلاف عشرة اسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع
عشرة اجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما اراد بيع الشائع لانه به يعرف نسبة العشرة من الكل انها
العشر والا فلا فائدة فى تعيينه لان عشرة اذرع لا تتفاوت مقدارا بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين فى ذلك لجواز ان يرفع به الغبن
فانه بيع عشرة اذرع من ثوب لا يجوز على قول ابى حنيفة رح ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشائخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة بيدهما
ازالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة بجواز ان يكون العاقد يرى الرأى الاول ولما وضع المسئلة فى الجامع
فى عشرة اذرع من مائة ذراع ظهر ان ما قال الخصاف من ان الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان واما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير تام
من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفى الجهالة من البعض الذى بيع منه واختلف
المشائخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا او عشرة اذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم
النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بايديهما ازالتها بان تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع او العشرة منها فيعلم
قدر المبيع ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب

ثم ما جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة بجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل
النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن
كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا قوله
ومن باع عدلا صورتها ان يقول لغيرك ما في هذا العدل على انه عشرة اثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع فاذا
هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار اصلا من وجه والثمن
في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم اجزاءه على حسب اجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى
لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا فلو كان فصل لكل ثوب ثمنا بان قال كل ثوب بعشرة جاز البيع في فصل
النقصان بقدره اي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لان جهالة المبيع لا ترتفع
به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من احد عشر وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز البيع في فصل النقصان ايضا قال في الذخيرة واكثر مشائخنا على ما ذكر
في الكتاب من ان البيع جائز في الثياب الموجودة على قولهما اما على قول ابي حنيفة رح فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو
العدم والاصل عند ابي حنيفة رح ان العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل
اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما مروي بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة اما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان
فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكانه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهروي
والفائت في مسئلة الجامع الصفقة لا اصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والفائت احدهما اولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح
عنده وكذا نسبه شمس الائمة السرخسي الى اكثر مشائخنا ثم قال والاصح عندي ان هذا قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لان ابا حنيفة رح في نظائر هذه
المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهي انه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد
في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط غلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين
شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد واقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا فممنوع ولا يفيد فان في الثوبين ايضا ما شرط قبوله
في المروي صريحا وانما المقصود انه اذا اضاف العقد الى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين فلا شك ان في
العشرة ايضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الخ وحاصل قوله وما قصد الا الى آخر ما اشار
اليه المص وهو ان الشيئين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك
الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس ح
داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الآخر لانه معدوم بل جعل ذلك غلطا فلما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر ان محط الفرق اعتبار
الغلط وعدمه ولا شك ان اعتبار الغلط انما ياتي من جهة البائع على معنى انه انما اوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بالعشرة غلطا فالمشتري لما قبل في
عشرة ما كان غالطا في اضافة الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة اثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد
في التسعة ولا في العشرة وان كان معنى غلطه انه قصد الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم تفد الصحة لان المعقود عليه معدوم وقد جعل
قبول العقد فيه شرطا لقبوله في التسعة وهذا لانه جار في اعتقاده قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فاحرى ان يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا



من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روي عن قاضي الحرمين ان العقد فاسد في الفصل الاول وفيه ابيعك
هذه الحنطة على انها اقل من كر فوجدها كذلك جاز الا في رواية عن ابي يوسف رح واذا وجدها كرا او اكثر فالبيع فاسد ولو قال كرا او كرين
جاز كيف ما كان غير انه مخير في الاقل كما لو قال على انها كر وعلى هذا اذا اشترى عنبا في كرم معين على انه كذا كذا منا وكذا في العدديات
المتقاربة انتهى ووجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد على البائع
بخلاف ما اذا قال كرا او كرين ولا وجه للرواية عن ابي يوسف رح لان غايته انه في ذلك انه باع صبرة بشرط ان لا تبلغ المقدار الفلاني

**والله اعلم ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة
في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمة الله عليه في الوجه
الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي
الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف انه لما افرد
كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان الذراع وصف في الاصل و
انما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه
لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه** قوله ولو

اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول ياخذه بعشرة من
غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح في الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رح
في الوجه الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير وجه قوله ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه
بنصفه فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء اضافي من الذراع مثله في الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه
وثمنه بثمنه وهكذا وفي بعض النسخ فيجري عليه اي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجري يصح عوده الى كل من الذراع
والدرهم الا ان الدرهم اقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضررته فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف
مرغوب فيه وهو وصف العشرة ولابي يوسف رح انه لما افرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع بمنزلة ثوب مفرد بيع على انه ذراع لما عرف ان
افراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع فلا ينتقص شيء من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من ان
في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه ولابي حنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط
فكان الاولى ان يقوم حكم الاصل او الثوب المفصل بالشرط لان المقدار ايضا وصف على ما تقدم واخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم
يوجد ما اخذ حكم الاصل فبقي على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن واذا كان كذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر
في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ويتخير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد ففي الذخيرة
قول ابي حنيفة رح اصح وذكر حاصل الوجه المذكور له في قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد انه ينقسم اجزاء الدراهم على اجزاء
الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض من حكم الوصف لانعدام المقابلة فيه

**فصل** لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع تمام التسمية وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك **ومن باع دارا**

وخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له

قوله ومن باع دارا الخ في المحيط الاصل ان كل من كان في الدار من البناء او متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرير والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عنده استحسانا والمراد بالحجر الرحا المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم اما في ديار مصر لا تدخل رحى اليد لانها تجر بها تنقل وتحول ولا تبنى فهو كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه احدهما لنفسه بان قال هذا ملكي بصنعته وان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المص على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بمسألة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا انما يبطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم اجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي يسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله ابو سليمان وقال الفقيه ابو جعفر رح ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان اكبر او مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول ابي يوسف رح لا يدخل واما اساسه فقيل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور دون قصاعه واما قدر القصارين والصباغين واجانة الغسالين وجوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي ان تدخل كما اذا قال بمرافقها واما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل العذار تحت البيع واما الزمام في بيع البعير فقط ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا عليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص او بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بينهما اذا كان موكفا او غير موكف في فتاوى قاضي خان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبردعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه يقاد دونه بخلاف الفرس والبعير ولينا مل في هذا باع عبدا او جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يواري عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع ان يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب او وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع لشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري او تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له ارض وفيها نخل لغيره فباعها رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منها خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا لها فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع اتانا لها جحش او بقرة لها عجول وكذا فصيل الناقة ومهير الرمكة اختلف فيه قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش وقيل ان ذهب مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا ولو باع عبدا له مال ان لم يذكر المال في البيع



فماله لمولاه وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم او دنانير والثمن كذلك فان كان الثمن اكثر جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه بيع العبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير او بالقلب جاز اذا تقابضا في المجلس وكذا لو قبض مال العبد وقدر حصته فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد في بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لي كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء

قوله ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقطع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضي خان ولو باع ارضا وفيها اشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بالشرط نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونها بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر التي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراد واوراق الفرصاد والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرط المشتري له فاكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند ابي حنيفة رح بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فاكله البائع قال ابو حنيفة رح تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف ومما يدخل في البيع اشيار بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه اشيار بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والقارقين وسور القرية لان السور يبقى على اصل الاباحة عند التسمية فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحد وفيه اختلف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا ان يكون ربوة ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه

قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل اي لفصل الآدمي اياه لانتفاعه به فاشبه المتاع الذي فيه اي في المبيع فاندفع ما اورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل للفصل فان ذلك فصل الله تعالى وبهذا المعنى متبادر فترك التقييد به والصا الام وما في بطنها متجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع فانه ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك نظران كان اتصاله للفصل في ثاني الحال فيدخل كالطريق التبعية لشدة الاتصال لا للجنسية والجزئية فان قيل ينبغي ان يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم والجواب بان الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له او تبعية له والتبعية بان يكون مستقر الاتصال به لا بمجرد اتصال الحالي مع انه يعرضه الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله اعلم ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع

وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيها متاع . وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر قوله ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع نفسه اي يشتري الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع الا بالشرط وتدخل في الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع وعند الشافعي رح ومالك رح واحمد رح يشترط في ثمر النخل التابير فان لم تكن ابرت فهي للمشتري والتابير التلقيح وهو ان يشق عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمر اناث النخل لما روى اصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع و في لفظ البخاري من ابتاع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه واهل المذهب ينفون حجيته وقد روى محمد رح في شفعة الاصل عنه عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المص وما قيل ان في مرتبتهم تخصيص الشئ بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رح فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى اصول المذهب ايضا يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا فح فيجب ان يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعني مثمرا او ما نقل عن ابن ابي ليلى من ان الثمرة مطلقا للمشتري بعيد اذ ليضاد الاحاديث المشهورة و اذا كانت الثمرة للبائع يقال له اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع يقال له اقلعها وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع وهو قول مالك واحمد رح لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك حتى يستحصد رضي المؤجر او لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين اقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور يقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد جاء وقت حصاده واجاب المص بان هناك اي في الاجارة ايضا يجب التسليم وكذا تجب الاجرة في التبعية لان تسليم العوض كتسليم المعوض ولا بد في تمام من تسليم ان المعتاد في الاجارة التبعية في الاجرة وعدم التسليم عين الارض في الحال واذا لم يرض المؤجر بالتبعية واخذ الاجرة كان له ان يكلفه ان يقلعه في الحال وليس كذلك فظهر ان التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع يتركه الى ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة يتركه باجر ولا تخلص من هذا الا ان يمنع انه معتاد في البيع كذلك والا فاذا فرق بين البيع والاجارة بان اقدام البائع على البيع مع علمه بان البائع يطالبه المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعه فلا تجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمرة وزرع فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة اتجه ان يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم



يكن التاخير الى الصلاح معتادا اما اذا كان غير معتاد فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي شتركه فقد يتركون ويبيعون بشرط القطع والله اعلم ثم هل تدخل ارض الشجر في البيع بيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها مطلقا لا تدخل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لان الارض اصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعي رح وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة وقول الشافعي تدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفي جميع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدرا فعلى ما شرط قوله ولا فرق بين ان يكون له قيمة او لا في الصحيح احتراز عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة تدخل والصحيح لا تدخل في الحالين ان كان له قيمة او لم تكن وعلله بان بيعه يصح في اصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا لكنه موضوع للقرار واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل قوله واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع كذا اطلق شيخ الاسلام وكذا اطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعفن اما اذا عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المص وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فللبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المص هنا شيئا ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه ابي الليث هو قول ابي القاسم و في فتاوى قاضي خان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما اي لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة اكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى وهذا على ان حكاية اتفاق المشائخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين ان تعفن فيدخل والا فلا وكان المناسب ان يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته واما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول انه اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه ح ليس له قيمة قال المص وكان هذا بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وفي عدمه بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز بيعه قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما بناء على سقوط تقومه والقول بجواز بيعه وبعدم دخوله في البيع كلاهما مبني على عدم سقوط تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق ولا المرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيها لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيها اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع قوله ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ يعني اذا باع ارضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر قال بعتها او اشتريتها بكل حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لم يدخلا ايضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها او منها دخلا اي الزرع والثمر فيه هذا في الكل

بالارض والشجر اما الثمر المجدود والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجدد بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى اي المقطوع
غير ان المهملتين هنا اولى ليناسب المحصود قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في
الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا
اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة
او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لما قلنا واستحسنه محمد رح للعادة بخلاف
ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض او الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له
الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة
لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة
لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل
لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر
التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخاصر
ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها الخ لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل ان تظهر ولا في عدم جوازه بعد ان تظهر
قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان يامن
العاهة والفساد وعند الشافعي رح هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعند الشافعي رح
ومالك رح واحمد رح لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب ففيه خلاف بين المشائخ قيل لا يجوز ونسبه قاضي خان لعامة
مشائخنا والصحيح انه يجوز لانه مال منتفع به في ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال وقد اشار محمد في كتاب الزكوة الى جوازه فانه قال لو باع
الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير
بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازه باتفاق المشائخ ان يبيع الكمثرى اول
ما تخرج مع اوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا
باع بشرط القطع او مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان
قد تناهى عظمه فهو فاسد عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهو القياس ويجوز عند محمد رح استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى
وفي المنتقى ذكر ابا يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين انه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة لانه ان شرط بلا اجرة فشرط
اعارة في البيع او باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك ووجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل
كذلك فيما تناهى الثمر فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي رح فيما تناهى عظمه وما لم يتناه انه يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجداد و
محمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الارض والشجر الى ان يتناهى العظم ولا يخفى ان الوجه لا يتم
في الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره يخرج منه المتناهي
للتعامل فيكون ما لم يتناه على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع ما لا يتناهى عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن



البائع اذنا مجردا او باذن في ضمن الاجارة بان استاجر الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ففي الصورتين الاوليين يطيب له الفضل
والاكل اما في الاذن المجرد فظاهر واما في الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة
ليست متعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستئجار وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر
فانه يستدعي شراء ما لا حاجة له اليه او ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاول اولى واصل الاجارة مقتضى القياس فيها
البطلان الا ان الشرع اجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استاجر اشجارا ليجفف عليها ثيابه لا يجوز
ذكره الكرخي فاذا بطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان
الاجارة هنا فاسدة لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورثت خبثا اما هناك فالاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا
الاذن فطاب اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتباره فيمنع وهناك صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في
دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة اما اذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشتري
بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشيء لانه لم يزد في ذاته شيء وهذا قول المص لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة اي تغير من وصف الى آخر
بواسطة انضاج الشمس عليه نعم عليه اثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثباته خبث فيها وجه قول الشافعي رح وباقي الائمة في الخلافية
ما في الصحيحين عن انس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل ما تزهو قال تحمار او تصفار
واخرج البخاري في الزكوة عن ابن عمر رض نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى
تذهب عاهتها واخرج ابو داود والترمذي وابن ماجه عن انس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد
قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عم من
اشترى نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع
بكونه بدا صلاحه وفي موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين
له النقصان فسال رب الحائط ان يضع عنه او يقيله فحلف لا يفعل فذهب المشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال تألى ان
لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له فلولا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه اما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره
فانهم اجازوا البيع قبل ان يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب
وهو عندهم تعليله عليه السلام بقوله عليه الصلوة والسلام ارايت ان منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه فانه يستلزم ان معناه انه نهى عن بيعها مدركة
قبل الادراك ونهيه قبل الزهو وقد فسر انس رض زهوها بان تحمر او تصفر وفسرها ابن عمر رض بان يامن العاهة فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة
قبل الاصفرار او امنة من العاهة قبل ان يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان تقطع فنهى عن هذا البيع قبل ان
توجد الصفة المذكورة واما ما ذكرنا من نهيه عم عن بيع العنب حتى يسود هو لا يكون عنبا قبل السواد ليعيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع
النهي عن بيع العنب عنبا قبل ان يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى ان يصير عنبا فصار محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك
الى ان يبدو الصلاح ويدل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ارايت لو منع الله الثمرة بم يأخذ احدكم مال اخيه فالمعنى اذا بعتموه عنبا قبل
ان يصير عنبا بشرط الترك الى ان تصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم تصر عنبا بم يستحل احدكم يعني البائع مال اخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه

ذلك فلم يكن متناولا للنهي فاذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها الى ان يصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فانا قد افسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي لزم
من الوجوه فلهذا ترك المص الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث وح فالحديث المذكور لنا فيها اعني حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك
المعنى وهو انه مبيع منتفع به في الحال او في ثاني الحال الخ وبهذا التقرير ظهر ان ليس حديث التأبير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح
وان الترجيح هنا ينبغي ان يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول احدهما ما يتناول الآخر والحاصل ان بيع ما لم يبد صلاحه اما بشرط
القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي الا بيعها بشرط الترك
ونحن قائلون بانه فاسد فلو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فاشبه هلاكه قبل التسليم ولو اثمرت
بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لانه في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض
خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم انه مروي عن اصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود
وقت العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد الاكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا في العقد
وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عاداتهم
حرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رح وهو في بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رح
والمخلص من هذه اللوازم الصعبة ان يشتري اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود
ببعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد
فان خاف ان يرجع بفعل كما قال الفقيه ابو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو ان يأذن المشتري على انه متى رجع عن الاذن
كان مأذونا في الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي
بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رض قالوا هذه رواية الحسن وهو قول
الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع
قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة و
يستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك اجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا
معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مقرر بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو قول الطحاوي
والشافعي واحمد رح وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي ان يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شئ بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شئ
يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لان ورود هذا على التعليل بجواز ان لا يبقى بعد الاستثناء شئ وتعليل المص بجهالة المبيع وهو يوجب
الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق ان بقي مقدار معين لان الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المص رح فاما على ظاهر
الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء
الحمل من الجارية الحامل او الشاة واطراف الحيوان لا يجوز كما اذا باع هذه الشاة الا اليتها او هذا العبد الا يده فيصير شرطا كما تميز الخلاف ما لو كان مشتركا
على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس بمصرح به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه
ويصير الباقي مبيعا الا ان عدم الجواز اقيس بمذهب ابي حنيفة رح في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد



وهو لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان
ما لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع الا يرى ان المتبايعين قد يتراضيان
على شرط لا تقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا واما ما قيل في توجيه المنع يعني البيع لا يبلغ الا بتلك الارطال
فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال يستغرق الكل اولا فلا يرضى المشتري بذلك الاستثناء ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلي
في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلي الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده
وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه
ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع ثمر النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب
منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه
بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا
في قشره وكذلك الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول وعنده له في بيع الحنطة في
السنبل قولان واجاز بيع الشعير والذرة وعندنا يجوز ذلك كله له ان المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع
بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة فيه والمعول في استدلاله نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل
والمبيع ما يريد به الا الحب لا السنابل فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه لتعامل المتوارث
ولنا ما روى انه عم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم واصحاب السنن الاربعة ويقال زهى النخل والثمر يزهو
اذا زها زهي لغة وفي الاشتقاق عن الازهر لغتان وانكر الاصمعي اسماء الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن العين انكاره يزهو الثلاثية لا يقال انهم
لم يعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا انا عاملون فان الاتفاق على انحطاط النهي على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم
فيجوز بيعه كالشعير في سنبله بخلاف بيعه بمثله في سنبلة الحنطة لاحتمال الربا اما انه مال متقوم فظاهر واما انه معلوم فمشار اليه وبالاشارة كفاية في التعريف
اذ المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على التجريد شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة واوردت المطالبة بالفرق بين ما اذا
باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمرة بعينه اي باع ما في هذا القطن من الحب او ما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه ايضا في غلافه اشار
ابو يوسف رح الى الفرق بان النوى هناك معتبر عدما هالكا في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمرة ولا حب في قطنه ويقال هذه
حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف
جنسه جاز وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت
في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله فكذا الباقي واعلم ان الوجه
يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق
لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قوله ومن باع دارا دخل في
البيع مفاتيح اغلاقها المراد بالغلق ما نسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء الا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت
لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما نسميه في عرفنا بمصر دراريب الدكان

وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه وقوله لانه لا ينتفع به الا به يفيد ان يدخل تبعا للغلق يعني لا ينتفع بالغلق لا بالمفتاح واذا دخل الغلق دخل المفتاح
كما لو اشترى غلقا فانه يدخل مفتاحه واورد عليه انه يلزم ان يدخل الطريق في بيع الدار وهو لا يدخل مع انه لا ينتفع بها الا به اجيب بمنع ان شراء
الدار مقصور على الانتفاع بذا لمقابل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها او يتجر بها وكذا ما كان العقد عليهما مقصورا على ذلك لانتفاع كما في
الاجارة اوخلنا الطريق فرع يناسب ما نحن فيه من حيث انه تبعا وله البيع بلا تخصيص من المالك عليه وان كان من معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه
الفساد ولم يقبضه المشترى ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع ان يبيعه من آخر ويحل للمشترى الثاني ان يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشترى
الاول رضي بهذا انفسخ دلالة فيحل للبائع بيعه ويحل للمشترى ان يشتريه وانما كتبنا لانها كثيرا ما تقع في الاسواق قال واجرة الكيال وناقد الثمن

على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد
فالمذكور في رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما
تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشترى لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة
تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشترى لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم

الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قوله واجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعاده ان كان البيع بشرط الكيل او الوزن او الذراع او العدد
على البائع لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان كلا من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا
اذا باع مكايلة او موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة واجرة وزان الثمن على المشترى باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى التسليم
الثمن وتمييزه عنه فكانت مونته عليه واما اجرة ناقد الثمن فاختلفت الرواية والمشائخ فروى ابن رستم عن محمد رح انه على البائع وهو المذكور
في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وح يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه
وروى ابن سماعة عنه انه على المشترى وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرف بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج
اليه وعن محمد رح اجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشترى الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي
الخلاصة الصحيح انه على المشترى وكذا قال القدوري انه على المشترى الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة قال واختار في الواقعات
انه على المشترى وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشترى على البائع ايضا هو المختار وفي المنتقى
اخراج الطعام من السفن على المشترى ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تحصيلها بالدياس والتذرية ودفعها الى المشترى وهو المختار وقطع العنب
المشترى جزافا على المشترى وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجوز اذا خلا بينها وبين المشترى وكذا قطع التمر يعني اذا خلا البائع بينها وبين
المشترى الكل من الخلاصة قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن اولا لان حق المشترى تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن

ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قوله ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن اولا لان حق
المشترى تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها لما عرف انها لا تتعين بالتعيين
في البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشترى دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط
حق حبس البائع للمبيع ولو اخذ بالثمن كفيلا او رهن المشترى به رهنا اما لو احال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا احال المشترى
البائع به عند ابي يوسف وعن محمد رح فيه روايتان في رواية كقول ابي يوسف رح وفي رواية اذا احال البائع رجلا به سقط واذا احال



المشترى البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع فهو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله او بفعل المبيع نفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه
او بامر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن اعاده الى المشترى وان كان بفعل المشترى فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا او بشرط الخيار للمشترى وان
كان الخيار للبائع او كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع
في ملك البائع ويضمن له الجاني في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب و
ان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل ومن باع سلعة بسلعة او

ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع قوله ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن
قيل لهما سلما معا لاستوائهما في تعيين حق كل منهما قبل التسليم فما يجاب تقديم دفع احدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسلم والتسليم
الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلثة
معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق
غيره وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان ابو حنيفة رح يقول القبض
ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشترى وهو عند البائع قبضته فان اخذه براسه وصاحبه عنده نقاده فهو قبض وابة كان
او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له المشترى تعال معي او امش فتخطا معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجة وفي الثوب ان اخذه بيده او
خلا بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة
في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك
فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها والا فهي بعيدة واطلق في المحيط ان بالتخلية يقع القبض
وان كان المبيع بعيدا عنهما قال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلا بينها وبين المشترى ان كان يقرب منها يصير قابضا او بعيدا لا يصير قابضا
قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض وان
كان العقار غائبا عنهما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى
بقرا في السرح فقال البائع اذهب فاقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا او نحوه في دن وخلا بينه وبين المشترى
في داره فختم المشترى على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فامره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى اخذه انسان ان كان حين امره بقبضه امكنه
من غير قيام صح التسليم فان كان لا يمكنه الا بالقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فامره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى هبت ريح
ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشترى فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط بالفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع
سلمتها اليك ففتح المشترى الباب فذهب الفرس ان امكنه اخذه من غير عون كان قبضا وهو تاويل مسئلة الطير وفي مكان آخر من غير عون
ولا حيل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشترى احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشترى قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على
الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشترى في السرج يكون قابضا والا فلا ولو كان راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا
باع الدار والبائع والمشترى فيها

## باب خيار الشرط

قد عرف ان البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع بذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر ان شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع اصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع اصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة فهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعية جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تقليلا للعمل بقدر الامكان وذلك لان عمله اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فطلما شبهته ولقائل ان يقول القمار حرام بمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد والفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد في ذلك لا اثر له ثم نتجه ان يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا لخلاف الاصل واما كونه فيه غرر او نهى عن بيع الغرر فذلك يجري في المبيع وهذا في ان الملك هل يثبت ام لا **قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلثة ايام فما دونها** قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة ايام يروى بنصب ثلاثة ايام على الظرف اي في ثلاثة ايام وبرفعها على انه خبر مبتدأ محذوف اي هو ثلثة ولا يخفى ما فيه والصواب ان تقدر مدته ثلاثة ايام ثم في فتاوى قاضي خان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد اصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح **والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام** قوله والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضه كان يغبن في البياعات الحديث روى الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد اصابته في راسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشتري الشيء فيجيء به الى اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عليه وحبان بفتح الحاء ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعي رح من طريق محمد بن اسحق قال اخبرنا سفين عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رح والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة ايام في البيع وروي انه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاثة فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم واخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ايام قال ابن اسحق فحدثت به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو قد اصيب في راسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجة عن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان قد اصابته آمة في راسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك الحديث وهو يقتضي ان المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك ان هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن



اسحق فالاكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن ابي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلوة والسلام لمنقذ بن عمرو قل لا خلابة واذا ابتعت بيعا فانت بالخيار فلا شك ان كون الواقعة لحبان ارجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه واما ما روي في الموطا الصحيح عن ابن عمر ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخدع في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب فروع يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال احدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع الباتّ شهرا ورضيا به فسد العقد عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو الحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول ابي حنيفة رح ولو باع على انه بالخيار على ان له ان يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع البستان على انه بالخيار على ان له ان ياكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة له حصة من الثمن وليس للبائع ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له انت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند ابي حنيفة رح يستمر الى ان يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية **ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضه انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة** قوله ولا يجوز اكثر منها اي من ثلاثة ايام عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي كما لا يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على ثلاثة كذلك لا يجوز اذا اطلق وقالا لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضه انه اجاز البيع الى شهرين وهذا دليل جزء الدعوى لانهما جوزاه اكثر من ثلثة ايام طالت المدة او قصرت وحديث ابن عمر رضه يفيد جواز اكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس حاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن شرع للحاجة الى التاخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز اي مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال احمد لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلثة ايام يجوز ان يشترط اكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه ان كان لامكان ان يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة الى شرط الخيار اصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تاخرت رؤيته سنة وان كان للتروي في ان مثلها يساوي الثمن المذكور او لا او هي تنتفع بها على الكمال او لا وان لم يرها فهذا لا يتوقف على اكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للعارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث واما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تاخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى يجيز البيع او يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل لشراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعا عليه واقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يامر مدعي الشراء ان ينقد الثمن وياخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر وياخذ ثمنها ويضع الثمن الاول والثاني على يد عدل فان عدلت يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمك للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي اخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة والجسم يتقضى

ان هذا فيما اذا كان المبيع في يد البائع واما اذا كان في يد المشتري فلا يلزمه شئ لانه اذا فسد لزمه الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار
للبائع والله اعلم وجه قول ابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي
فيما به دفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا او غير مغبون بما يتم في ثلاثة ايام بل في اقل منها فان معرفة كونه مغبونا
في هذه الصفقة او لا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والاشكال ليحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة
اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من السادة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر ولا ينبغي النفقة
باعتباره لان مثله زائل العقل وبهذا يظهر ان قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان انه خرج مخرج الغالب غير صحيح ولانه عليه
الصلوة والسلام ضرب الثلاث لمن كان غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر من امر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكانت بدماغه مأمومة افسدت
حاله او انه منقذ وكان قد اصابته امة في راسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي
حالة يزيد على هذه من الضعف الا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لا يجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة ايام ولا شك في
منع الزائد مع انه وجد في السمع ما ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة ولا شك انه يستانس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من
حديث ابان بن ابي عياش عن انس ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار اربعة ايام فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم
البيع وقال الخيار ثلاثة ايام الا انه اعل بابان مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا وكذا اخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام وفيه احمد بن ميسرة متروك واما ما استدلوا به من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا
يعرف في شئ من كتب الحديث والاثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس
شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام او ثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى انه لو شرع الاجل ايضا مقيدا بمدة
كنا نقول لا يزاد عليها ايضا لوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة ان شرط الخيار للبائع لا يجوز لان
نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا الا انه اذا
اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره
فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد
بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على
الوجه الاول قوله الا انه استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها اي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة عند ابي حنيفة رح
خلافا لزفر وبه قال الشافعي رح هو اي زفر يقول انه اي العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم
الزائد لا يقع صحيحا او باع عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت ولابي حنيفة انه
اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تقرره او قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة ايام فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم
واعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا اسقط فقد تحقق زوال المعنى
المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشائخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشائخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذ الظاهر دوامهما
على الشرط فاذا اسقطه تبين ان الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشائخ خراسان منهم الامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشائخ ما وراء النهر



هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينقلب صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا
عن ابي حنيفة رح ان البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع
الموقوف ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى ان يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر
فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا ان يكون الغرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاط خيار الرابع
قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تقرره
وهو كالقلب فان التعليل هو الذي يبتني على الاصل لان اصل القاعدة يبتني على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر ان الفساد فيها
في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو عتق العبد

او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول ابي حنيفة رح ويلزمه الثمن ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن

الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد
في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن
المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رح في تجويز الزيادة
ابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها
بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بيناه قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة
ايام فلا بيع بينهما جاز والمنتفع بهذا الشرط هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة ايام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط
ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ولو اعتقه البائع نفذ ولو الى اربعة ايام
لم يجز عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع فان لم ينقد فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من لفظ
هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده عتق لا ان كان في يد البائع وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر على قياس قوله في شرط الخيار
فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه اي في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة
لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلاثة ايام لكل من
المتبايعين يتبادر اليه ان شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للمماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام
المدة قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا اثر له لان المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا انك سمعت
انه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به وهو انه لا يزاد على الثلاثة وكذلك في الملحق وكذا محمد حيث جعله جائزا بلا
تقييد بمدة وابو يوسف رح فرق فاخذ في الاصل بالاثر يعني اثر ابن عمر في جواز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واخذ في هذه المسئلة بالقياس
اي من نفي الزائد على الثلاثة واما في الثلاثة فبحديث ابن البرصاء على ما سنذكره في خيار التعيين هذا على ما ذكر عن ابي يوسف رح هنا وقد روي
عنه انه رجع الى قول محمد رواه الحسن بن ابي مالك عنه وفي شرح المجمع الاصح انه مع ابي حنيفة رح وكثير من المشائخ لم يرجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله
بالاضطراب وفي هذه المسئلة قياس آخر يقتضي ان لا يجوز هذا البيع اصلا وهو انه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم دفع الثمن في
ثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهي لم تتعلق بالشرط بان

قال بعتك على ان اقيلك وتقبلها او قال اشتريت منك على ان تقيلني لايصح لانه شرط لايقتضيه العقد فاشتراط الفاسدة اولى وبهذا القياس
قال زفر ومالك والشافعي واحمد كلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ماقدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المص رح وجه الاستحسان ما بينا
قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولاتتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا
يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان
البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولانفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في
يد البائع انفسخ البيع ولاشئ على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب
الذي هو البيع بالمراضاة لما عرف من قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولايتم الرضا مع الخيار لانه ليفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع
فانه لايعمل الامع وجود الشرط وهو الرضا ولايوجب حكمه في حقه ولايخرج المبيع عن ملكه فلهذا اجاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولايملك
المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن من
ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لايخرج المبيع من ملك البائع ولا الثمن من ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان
الخيار للبائع فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع ولايملك نفاذه بالهلاك لانه لانفاذ
بلا محل فبقي في يد المشتري مقبوضا لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن ابي ليلى رح انه لم يضمنه لانه مارضي البائع
بقبضه الا على جهة العقد فاقل مافيه ان يكون كالمقبوض على سوم الشراء وفي المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلي
اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ماذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب
به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شئ وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري
في هذا البيع قال مالك رح والشافعي رح في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول احمد لانه قال يخرج المبيع من ملك البائع بثبوت
الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة بثبوت حق الفسخ انتفاء الملك كخيار العيب
قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان اردت في حق حكمه منعناه او تمت صورته فمسلم ولايفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا
على ماذكرنا وتقييد المص الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها فانه رح يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع في
المدة ولو هلك المبيع في يد البائع والحال ان الخيار له لا اشكال في انه ينفسخ ولاشئ على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار فان فيه
اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك اعني الانفساخ
بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد ياخذ حكمه منه قال وخيار المشتري لايمنع خروج المبيع عن ملك البائع
لان البيع في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر
قال الا ان المشتري لايملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا
لا الى مالك ولاعهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان
في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري
ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك



في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك
لايعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لايمتنع الرد حكما لخيار البائع
فيهلك والعقد موقوف قوله وخيار المشتري لايمنع خروج المبيع عن ملك البائع وقوله لان البيع الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا
فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفى مانعه من عمله اذا كان خيار المشتري لامنعه فيخرج
وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل الذي هو من جهة من له الخيار لما ذكرنا انه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلايؤثر السبب خروجه لعدم شرط
عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله الا ان المشتري لايملكه بمعنى لكن وهو استدراك لام متبادر عند قوله يخرج المبيع من ملك البائع اذا كان الخيار
للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع من ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا يملكه المشتري وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول لانه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى ملك
مالك ولاعهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولي امر الكعبة اذا اشترى عبد السدانة الكعبة والضيعة
الموقوفة بعبيدها اذا ضعف احدهم فاشترى ببدله آخر فانه لايدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف
وحكم الاوقاف ذلك وكذا الا يرد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج من ملك الميت ولاتدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور ولابي حنيفة
رح انه لما لم يخرج الثمن من ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك احد المتعاوضين حكما للمعاوضة
ولا اصل له في الشرع وان يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا ابق من عنده
سواء قلنا انه بدل اليد او الملك حيث لايخرج المدبر به من ملك مالكه فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جناية لاضمان المعاوضة شرعية
وهذا الزم في الشرع ماذكراه فان المشتري للسدانة وللوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولايدخل في ملك احد ولان خيار المشتري شرع
نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة في روايته ولو اثبتنا الملك له بمجرد البيع مع خياره الحقناه نقيض مقصوده اذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق من
غير اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذ كان مفوتا للنظر وذلك لايجوز وقد اورد وعلى هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق
به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لايثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق او بالاجماع اجيب بانه انما استحقها لانه صار احق بها
تصرفا لا لانه ملكها كالعبد الماذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع تقرر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو او ما
في معناه وهذا التكلف لايحتاج اليه وسياتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا ومافي الاجناس لو بيعت دار بجنبها
فاخذها بالشفعة لايبطل خيار الروية فله ان يردها اذا راها ويبطل خيار الشرط فان هلك المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار هلك بالثمن
وكذا اذا دخله عيب لايرجى زواله في المدة كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة
بان مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له ان يرده مريضا بل حتى يبرا في المدة فان مضت المدة ولم يبرا لزم البيع فيه وعن
ابي يوسف رح يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لايبطل
خياره بل ان شاء رده فان شاء اجاز البيع واخذ الارش من البائع وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع متصل بقوله هلك بالثمن يعني
الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري
يهلك بالثمن هو ان الهلاك لايخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة

مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة بخلاف ما تقدم من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد
حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف فيبطل العقد فلا يجب الثمن بل القيمة قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد
النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطيها له ان يردها لان الوطى بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطى
ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطيها لم يردها لان وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان
كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان
قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ
للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزى به في الاستبراء عنده وعندهما يجتزى ولو ردت بحكم الخيار الى البائع
لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض قوله ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح عند ابي حنيفة رح لانه
لم يملكها لما له من الخيار والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلو رد المبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها وان وطيها بعد السيد له
ان يردها بالخيار لان الوطى لا يلزم منه ان يكون اجازة لان له في النكاح ملكا قائما يحل له الوطى فلم يلزم كون وطيه اجازة الا اذا كانت بكرا لان الوطى ينقص البكر
فيمتنع الرد بالعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف انه لو نقصها الوطى وهي ثيب يمتنع الرد عنده ايضا للنقص الذي دخلها لا لذات الوطى فان
قيل لما زوجها مولاها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين اثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة اجيب بمنع بقاء
الرضى بذلك بعد البيع بل لما باعها فسخ ذلك الرضاء ورضاء بما هي احكام هذا البيع واحكام هذا البيع ما ذكرنا وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطيها لا يردها
ولو كانت ثيبا لان الوطى بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك
في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه ولها اخوات ذكرها المص تفريعا على الخلاف في ذلك منها عتق العبد المشتري على المشتري بشرط الخيار في
مدة الخيار اذا كان قريبه قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه ومنها ان من قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى عبدا
بشرط الخيار فانه لا يعتق عند ابي حنيفة رح لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه اما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى
عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة
اذا نوى الحالف بشرائه ان يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على انه بالخيار فحاضت في مدة الخيار او وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده
لا يجتزأ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة اخرى لحل الوطى وعندهما يجتزأ بها لوجودها بعد الملك و
ينبغي ان يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج
البائع الى استبرائها عند ابي حنيفة رح سواء كان الفسخ قبل القبض او بعده وعندهما ان كان قبل القبض استبرأ عليه استحسانا وان كان في القياس
يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت
توهم الشغل واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان
غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية انه لا يجب عليه الاستبراء لانها
لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له
عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال



البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري
عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره
لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار
عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قوله ومنها اذا ولدت
منكوحة بعد ما اشتراها على انه بالخيار في المدة لا تصير ام ولد له عنده وتصير ام ولد له عندهما وقد قيد الشارحون كلام المص بان يكون الولادة قبل القبض
ولا بد منه لما ذكره في المبسوط لو ولدت عند المشتري انقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير ام ولده بالاجماع وصورة الطحاوي هذه المخالفة فيما اذا ولدت
قبل الشراء قال اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند ابي حنيفة رح لا تصير ام ولد له وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت ام ولد له و
عندهما تصير ام ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض احسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل
القبض بعد الشراء ومنها اذا قبض المشتري بشرط الخيار له المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع
عنده لارتفاع القبض بالرد لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح ان يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع
قبل القبض يبطل البيع وعندهما يهلك من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار ان المالك لا يصلح
مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع ان المبيع يخرج من ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فتصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك
كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال الا انه ليس بلازم بجواز ان لا يؤول الى ملكه بان يجاز المشتري البيع اما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري
ثم ان المشتري اودعه في مدة الخيار للبائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او
بغير اذنه وله فيه خيار رؤية او عيب فاودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك
فصح الايداع منه ومنها لو اشترى بالخيار عبدا ماذونا فابراه البائع من الثمن في المدة يصح ابراؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك الثمن
على المشتري بالخيار فلا يصح ابراؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجود سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق بقي على خياره في السلعة ان
شاء اجاز البيع فياخذها بلا ثمن وان شاء رده فيرد السلعة للبائع عند ابي حنيفة رح لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض والماذون
يليه اي يملك ذلك كما له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما لما برئ من الثمن والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا
تمليكا بغير عوض والعبد الماذون ليس من اهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب ان الثمن لا يخرج عن ملك
المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب ان الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الا يرى
ان المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم
ولوجود البيع لا بد ان تشتغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب ادائه بل الثابت اصل الوجوب وليس في اصل الوجوب طلب اصلا على ما عرف
ومنها اذا اشترى ذمي خمرا من ذمي على ان المشتري بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده
بطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار بعد الاسلام فتعين بطلان البيع وهو مسلم اما لو كان الخيار للبائع واسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المص
ومن الفروع ايضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن
تملكه باسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده فينفسخ ومنها اذا اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي

لايكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع ولا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع فللمشتري ان يرده ومنها ان الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز قوله ومن شرط له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا له ان يجيز في مدة الخيار باجماع الفقهاء وله ان يفسخ فان اجاز بغير حضرة صاحبه يريد بغير علمه جاز فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع باحدى معان ثلاث بمضي مدة الخيار وبموته وباغمائه وجنونه في المدة فان افاق فيها قال الاسبيجابي الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لا يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند ابي حنيفة رح خلافا لهما والمعنى الثالث ان يجيز البيع كان يقول اجزت البيع او رضيته واسقطت خياري ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان يعتق او يكاتب او يدبر او يبيع المبيع او يهبه ويسلمه او يرهنه او يوجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك ان يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا وما ان النظر اليه من حيث هو مس ولو انكر الشهوة في هذه الامور كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذا اذا قبلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول لابي حنيفة رح وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار هو لا لتختار هي عليه ولابي حنيفة رح ان حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء كانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل واما المباضعة مكرها كان او مطاوعا اختيارا اما عند ابي حنيفة رح فظاهر واما عند محمد رح فلان الوطء ينقص حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد فاما المباشرة اذا ابتدأ المشتري كارها ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة اذا اقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعى الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار واكل المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضي خان اذا لبسه مرة واستخدام الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليسقيها او يردها على البائع او يعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة واطلق في فتاوى قاضي خان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها او يردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة او اخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه او غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع او بغير فعله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته اثبتنا له قدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من اجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فمتى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف ان المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث ٥٦



به عيب فهو على خياره لان ما انتقص لغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن ولو بقيناه الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه او يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض وحصد الزرع او فصل منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر وشرب هو فليس برضا ولو طحن في الرحا فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحا الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد او الجارية او مشطها بالمشط والدهن والبسها فليس برضا وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قوله وان فسخ اي من له الخيار في المدة بغير حضرة الآخر اي بغير علمه لم يجز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وهو قول مالك رح وانما كنى بالحضرة عن العلم حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت او رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول وهو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر واما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر ان من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول ان يقول به فيما هو فعل اختياري كالقول من حيث هو اختياري يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الآفة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو ان يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطء وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع له اي لابي يوسف انه اي الفاسخ مسلط على الفسخ من جهة صاحبه يعني الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل ولهما انه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه اي الغير الذي لا خيار له عساه يعتمد على تمام البيع السابق اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف المشتري فيه فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع انه فسخ فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد تكون القيمة اكثر من الثمن او لا يطلب لسلعته مشتريا اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر يجيء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كيلا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء وببطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيلا بالبيع وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد والحاصل قياسان تعارضا قياس ابي يوسف رح على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما امور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا لا اثر له في نفي الصحة بلا علم انما اثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير انما يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة ان يلحقه ضرر اما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام

ح ان المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا ان ماسواه لا اثر له من كونه تصرفا فی حقه بلا علمه وح فيقتصر النظر علی اثبات التضرر ولا
يخفى ان الضرر الذی ذكر انه يلحق المشتری اذا كان الخيار للبائع فی حيز التعرض لان ضرر لزوم القيمة انما يكون بناء علی زيادة القيمة علی الثمن
وهو غير لازم ولا اكثر بل قد يكون الثمن اكثر من القيمة فهما فی محل التعارض بل الغالب ان البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق
فبطل ذلك الشق واما ضرر البائع باعتاده فلا الطلب لسلعة مشتريا فانما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتری فی المدة ان فسخ
اولا ومثل هذا كثير فی الفقه اعنی الزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه فی احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن اشتری
عليه ان كان وكيلا بالشراء ان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مالكا مقداره
وبا هدار اقواله اعنی عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا اضر علی النفس من افتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شانه ووضع
قدره فالوجه لابی يوسف رح والشافعی رح اقوی والله اعلم وقوله ح ولا نقول انه مسلط من جهته وكيف وهو لا يملك الفسخ ولا يملك تسليطه شاح
لفظية فان المراد من سلطه اذن له فی التصرف فی حقه ذلك بان فسخ فی المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للعذر فكان الاذن مقيدا
بعدم محل العذر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفائه فی صورة التعارض وعدم تاثيره فی اخری لتقصير من يلزمه وبهذا اجابوا عن المعارضة
القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر به ايضا لانه يمكن انه يختفی صاحبه فی المدة حتی تنقضی فقالوا هذا العذر انما لزمه من جانبه بتقصيره فی
اخذ الكفيل واما الجواب بان العذر بالاختفاء علی صاحب الخيار لعجزه عن احضاره لا بالاختفاء ففی سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه
لا يختفی لانه ابن حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم ان الالزام بهذا النوع فی احد الروايتين فی فتاوی قاضی خان جاء الی باب البساط لم يجد
فاختفى فيه فطلب من القاضی ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظر للمشتری وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتری ترك
النظر لنفسه حيث لم ياخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضی وطلب المشتری من القاضی الاعذار عن محمد روايتان فی رواية
يجيبه فيبعث مناديا ينادی علی باب البائع ان القاضی يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا نقضت البيع ولا يقض
القاضی بلا اعذار وفی رواية لا يجيبه الی الاعذار ايضا وقيل لمحمد رح يعنی علی هذه الرواية كيف يصنع المشتری قال ينبغی للمشتری ان يستوثق فياخذ
منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتی اذا غاب يرده علی الوكيل وطريق نقض القاضی علی احدی الروايتين انه اذا قال الخصم انی اعذرت البر
فاشهدت فتواری يقول القاضی اشهدوا انه زعم انه اعذر الی صاحبه فی المدة كل يوم واختفی فان كان الامر كما زعم فقد ابطلت عليه الخيار
فان ظهر وانكر فعلی المدعی البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يتمكن من اقامة البينة علی ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم علی غائب ولا تسمع حال غيبته
للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل المورودة نقضا مسلمة لانها علی وفق ما ترجح من قول ابی يوسف رح لكنا نوردها بناء علی التسليم تمام الدليل
فمنها ان المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك واجيب بان لزوم حكم الطلاق علی الزوج بايجابه بنفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا
والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته
ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المراة حتی لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ اذا اثبت الرجعة قبلها اجيب بان الزوج لا يلزمها حكما
جديدا لان الطلاق الرجعی لا يرفع النكاح وانما يثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة وكان عليها ان تستكشف شرط تقرر فهاهل هو موجود
اولا ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه واجيب بانها اسقاطات لا يلزم بها شیء من اسقطه عنه فلا يتوقف علی
علمه ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها اجيب بانه لا رواية فيها وعلی تقدير التسليم فالتخيير اثبت لها الشرع مطلقا ولا ولاية عليها



ولا يخفی ان هذا من فساد الوضع فان كون الشرع اثبت حكم التصرف علی الآخر بغير علمه فی خيار المخيرة يقتضی ان الشرع لا يوقف صحة التصرف
علی علم الآخر فی ثبوت حكمه فی حقه فان قلت فما الضرر الذی يلزمه او لا حتی يحتاج الی جوابه قلنا امتناعه عن تزوج امة بناء علی قيام نكاح التی
اعتقت ومنها خيار المالك فی بيع الفضولی بدون علم المتعاقدين اجيب بان عقدهما لا وجود له فی حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد
سبق عدم شرط الثبوت فالعدم اصلی فی حقه فانه لم يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم علی المراة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها
اجيب بان العدة لا تجب بالطلاق حتی يتوقف نفاذ الطلاق علی علم من تجب عليه العدة الا تری انها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق
تصرف فی حق نفسه بازالة ملكه اقدره الله تعالی عليه فانما تلزم فی ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن واما هنا فليس جواز الفسخ لتسليط
صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه فروع اشتريا غلاما علی انهما بالخيار فرضی احدهما لا رد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال
البائع بحضور المشتری اجزته ثم قال المشتری فسخته بحضوره انفسخ فان هلك فی يد المشتری سقط الثمن ولو بدا المشتری بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك
فعلی المشتری قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك فی يد المشتری قبل الرد بطل حكم الفسخ ذكره فی المجتبی وفی الفتاوی باع ارضا علی ان البائع بالخيار ثلاثة
ايام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقی الارض مضمونة علی المشتری وللمشتری حبسها لاستيفاء الثمن الذی كان دفعه الی البائع فان اذن البائع بعد
ذلك المشتری فی زراعتها فزرعها تصير امانة عند المشتری وكان للبائع ان ياخذها متی شاء قبل ان يرد الثمن وليس للمشتری حبسها لانه لما زرعها باذن
البائع صار كانه سلمها الی البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتری فلقی البائع فقال نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع لم يقبضه فان
مضت المدة والعبد مريض لزم المشتری وان صح فيها فلم يرده حتی مضت كان له ان يرده علی البائع بذلك الرد الذی كان منه ومن باع علی
انه بالخيار فصالحه المشتری علی دراهم او عرض بعينه علی ان يسقط الخيار ويمضی البيع ففعل جاز وطاب له اذ جعله زيادة فی الثمن وكذا لو كان الخيار
للمشتری فصالحه البائع علی ان يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا او يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة فی المبيع او حط من الثمن ولو امره ببيع عبده علی ان
يشترط الخيار له ثلاثة ايام فباعه مطلقا لم يجز ولو امره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر او للاجنبی صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو علی ما ذكرنا من التفصيل الا
ان العقد متی لم ينفذ علی الآمر ينفذ علی المامور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا ينفذ علی العاقد قال واذا مات من له الخيار بطل خياره
ولم ينتقل الی ورثته وقال الشافعی رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت فی البيع فيجری فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا
ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع
سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار
قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره بائعا كان او مشتريا ولم ينتقل الی ورثته واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع
فی ملك المشتری وان كان الخيار للمشتری دخل المبيع فی ملك ورثته وللبائع الثمن فی التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد
الذی لا خيار له فالآخر علی خياره بالاجماع فان امضی البيع مضی وان فسخ انفسخ وقال الشافعی يورث عنه وبه قال مالك رح علی ما هو فی كتبهم
المشهورة لانه ای الخيار حق الانسان لازم حتی ان صاحبه لا يملك ابطاله فيجری فيه الارث كخيار العيب والتعيين فانهما يورثان بالاتفاق ولنا
ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله لانه وصف شخصی لا يمكن فيه ذلك والارث فيما يمكن فيه الانتقال هو الاعيان ولفظ مشيئة منصوب
علی انه خبر ليس وما فی الشروح من انه بدل عن الخبر وتقديره ان الخيار ليس شيئا الا مشيئة مبنی علی قول ضعيف فی العربية من ان يقدر المعمول
غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدله والمختار ان المفرغ له هو المعمول ففی ما قام الا زيد زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث

فيه تعيين من جملة الجزء المستحق فاذا دخل فی ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند النسان كان له ان يختار ان يترك حقه او يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب
غير ان طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل واما خيار التعيين فجعله اصلا آخر للشافعي لا يصح على اصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكانه ذكره الزاما لهم وجوابه كذلك
ان المورث هو احد عينين المخير فی تعيينه فينتقل الی الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا اورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو
وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاء الخيار لازما للعين الموروثة فی الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار
الشرط لان البيع ليس بلزوما للخيار لينتقل الی الوارث بما فيه على انه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل البيع فی ملكه عند ابي حنيفة رح
فلا يورث ووجه قوي على ما تقدم ويقال على اصل الدليل قولكم لا يتصور ان انتقال الوصف ان اردت حقيقة فمسلم لكن مرادنا بالانتقال ان يثبت للوارث
شرعا ملك واستحقاق خلف ملك الميت او استحقاقه لا عين ذلك الملك والاستحقاق المقيد باضافته الی الميت لان ذلك غير ممكن فالتوجه في
الاستدلال ليس الا ان يقال ثبوت ذلك شرعا فی املاك الاعيان معلوم متفق عليه واما ثبوته عن الشرع فی غيرها من الحقوق فمتوقف على الدليل
السمعي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلوة والسلام انه قال من ترك مالا او
حقا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي قلنا الثابت قوله مالا فی الصحيح واما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا ولم تثبت لم يتم الدليل واما الجواب بان الملك انما
ينتقل فی ضمن انتقال العين فبعد انه فی غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تامل فان حقيقة
انتقالها انما هو فی المكان قال اي ان المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات
المكتوبة فی بعض الشروح هنا ويلزمه على تقدير ثبوته ان يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر ان يتفرع عدم انتقال
الخيار الی الورثة على ابي حنيفة رح اما على قولهما فينبغي ان يورث لانهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار فی العين فينتقل الی الورثة عن مملوكه له فيها
خيار ان يفسخ كما فی خيار العيب لعينه وفی خيار البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض
انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفی القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد
واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد
فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض
ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده فی زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد فی
رواية وتصرف الفاسخ فی اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني ان الفسخ
اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول
محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف
الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما قوله ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره يعني لغيره الذي هو ليس عاقدا او الا نغيره يصدق على البائع فايهما اجاز
من الشارط العاقد او المشروط له الذي هو غيره جاز وايهما نقض البيع انتقض فلفظ من مبتدا والجملة الشرطية وهي ايهما اجاز جاز خبره ولذا تضمن
المبتدا معنى الشرط جاز دخول الفاء فی خبره نحو الذي يأتيني فله درهم واصل هذا اي جواز اشتراطه لغير العاقد ان جوازه استحسان وفی القياس
لا يجوز وهو قول زفر وقول الشافعي رح وبقولنا قال مالك واحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي رح الا ان فی ثبوته للعاقد مع ذلك الغير
وجهين فی وجه يثبت لهما وفی وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان فی وجه يفسد البيع وفی وجه يصح البيع ويبطل الشرط



وجه قول زفر ان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط ملك المبيع لغير المشتري
واشتراط تسليم الثمن او المبيع على غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك قياسا على خيار الرؤية والعيب
وجه الاستحسان ان الحاجة قد تمس الی اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الراي وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الراي والتدبير غير واثق
بهما فی ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رايه ومعرفته بالقيم واحوال البياعات فيشترط الخيار له لحصول المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه واجنبيته عن
العقد انما يمنع ان سلمنا صحة ما لغيته لو اجزناه اصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت اشتراطه للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه فيثبت
لهما واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو ما يكون تبعا قلنا الملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة
الی ما هو المقصود اولا وبالذات لا وبالنسبة الی الوجود فالمقصود بالذات فی قوله اعتق عبدك عني بالف انما هو العتق وكان التمليك مقصودا لغيره
تبعا للمقصود ليصح العتق عنه وان كان اصلا بالنسبة الی الوجود فكذا هنا المقصود اولا وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل
مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل فی الاقتضاء
هذا هو تحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة فی جوابه الی تكلف زائد فان قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الاجنبي فتثبت كفالة اقتضاء كما ثبت
الخيار له وثبت للعاقد اقتضاء اجيب بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبت الكفالة اقتضاء لاشتراط
على الاجنبي البطلت المقتضي وهو اشتراطه فانه انما يعني به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين
صح وعند صيرورة الخيار لهما يكون لكل منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض البيع انتقض فلو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده فی
زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد فی رواية كتاب البيوع نقض او اجاز والتصرف الذي هو الفسخ فی
اخرى هي رواية كتاب الماذون سواء كان من العاقد وكيله الاجنبي وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه والتصرف
الصادر عن اصالة اقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امراته فطلق الموكل والوكيل معا لو اوقع طلاق احدهما
لا طلاق الموكل عينا ولو كان المرجح الاصل تعين طلاقه اجيب بان الوكيل فی الطلاق سفير كالوكيل فی النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما
عين الصادر من الآخر ووجه الثاني ان لا ترجيح بكونه اصيلا ووكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم ترجح بنفس التصرف
والفسخ اقوى لانه يلحق المجاز فيبطله ولا الاجازة لا تلحق المفسوخ فيسيرمه قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر فی الماذون ثم قالوا الاول قول محمد والثاني قول ابو يوسف
واستخراج هذا التخريج من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل
ترجيحا لتصرفه للاصالة وابو يوسف رح يعتبرهما على السواء فجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد تصح فی
النصف وينفسخ فی النصف اي فيما اذا اشترط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه
بالخيار فی احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار فی احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة
على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول فی الكتاب وفساده لجهالة الثمن
والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فی حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم
والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا فی الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن
معلوم وقبول العقد فی الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاده فی الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا

جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او
بجهالة الثمن قوله ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد الخ والمسألة على اربعة اوجه في ثلاثة البيع فاسد وفي واحد صحيح
احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن ان يكون هو المراد بالكتاب في قوله وهو الوجه الاول
المذكور في الكتاب والاظهر انه يريد به البداية لان الهداية شرحها وفسادها بجهالة المبيع والثمن جميعا وذلك لان الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه
في حق الحكم فكان كانه خارج عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن البيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع
بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجائز ان يعين كلا بان يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على اني بالخيار في هذا لانتفاء المفسد بجهالة احد الامرين فان
قيل ان انتفى مفسد الجهالة فقد تحقق مفسد آخر وهو انه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطا لانعقاده في الذي
ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد حيث لا يجوز البيع في العبد اجاب عنه المص بعد الاشارة الى السؤال بقوله وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه اي من فيه الخيار محلا للبيع فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف
حيث ينفذ البيع في القن بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحليته له في الجملة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز
فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال اصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراطا فاسدا و
في الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سيأتي ان شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها ان يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كان يقول البائع
بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما ففساده بجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها ان يعين الذي فيه الخيار ولا
يفصل الثمن وهو ان يقول بعتك هذين بالف على اني بالخيار في هذا فالفساد فيه بجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعيين من فيه
الخيار الا ان ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين هذا الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين
في البيع بثمن واحد فاذا احدهما مدبر او مكاتب او جاريتين فاذا احدهما ام ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع ان ثمن كل
منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسألة المذكورة في الكتاب بالحصة اجيب بان من مشائخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكر هنا ان
لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن وليصير ما ذكر هنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو ان المانع
من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فاثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد
في الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة
ثم يخرجون بناء على استحقاقهم النفس حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرنا يتفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبدين على انه
بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات احدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة ح بمنزلة ابتداء العقد في الباقي
بالحصة ولو قال البائع في هذه المسألة نقضت البيع في هذا او في احدهما كان لغوا كانه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط
الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه قال ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز وكذلك
الثلاثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه
الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه
يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع



غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من
له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت
باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث
عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان
المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة قوله ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ الخ المراد ان يشتري احد ثوبين او
ثلاثة غير معين على ان يأخذ ايهما شاء وهذا خيار التعيين يعني اي الثوبين والثلاثة شاء على انه بالخيار ثلاثة ايام فيها يعينه بعد تعيينه للبيع اما اذا قال بعتك عبدا من
هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار في ايهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى احد اربعة لا يجوز والقياس ان يفسد البيع
في الكل في احد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الاربعة وهو اي القياس قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع
الغبن ليختار ما هو الارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يحتاج الى راي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث
يحضر لعلوه او تحجبها خصوصا اذا كانت اهله لا ينبغي ان تبتذل كما تلج الاسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج ان يرفع اليه العدد من ذلك
النوع ليختار الاوفق ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص فيجوز غير ان الحاجة تندفع بالثلث لتحقق الجيد والردي والوسط
فيها فيندفع بجعل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لان شرط الرخصة للحاجة وقول المص والجهالة لا تفضي الى المنازعة
جواب عن تعليل زفر والشافعي بها واذا ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق لمن يقع الشراء له والارفق حاضرا او غائبا ظهر انه
لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البائع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو ادرى بما لائم
منه فيرد جانب البائع الى القياس والنص في المجرد على انه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي انه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز
مع خيار البائع قياسا على الشرط وانت عرفت الفرق ثم اختلف المشائخ في انه هل من شرط جواز هذا البيع اعني البيع الذي فيه خيار التعيين ان
يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة فقيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضي خان الى اكثر المشائخ وقال
شمس الائمة في جامعه هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه
فخر الاسلام قال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي ان القياس يابى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت
لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضي ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون في
محل الصورة الملحقة الصورة الثانية بالعبادة وكان يلزم ان لا يصح البيع بخيار العقد الا في بيع فيه خيار الشرط لان صحة البيع على انه ان لم ينقد
الى ثلاثة ايام فلا بيع مما ثبت به لانه نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير انهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين يثبت حكمه وهو جواز ان
يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار انه عين المبيع الذي
فيه الخيار الا انه يسقط خياره ولو رد احدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رده وتعيينه بطل خيار الشرط و
انبرم البيع في احدهما وعليه ان يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع احدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث وخيار التعيين ينتقل الى
الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرناه ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المص لانه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره فلم يتطلب

شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند ابى حنيفة رح كما فى خيار الشرط لانه اصله وعندهما اى مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب انه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم فى احدهما ولزم التعيين ان يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت رح فاطلاق الطحاوى قوله خيار الشرط موقت بالثلاث فى قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق على قول ابى يوسف رح حيث قصر المدة على الثلاثة فى خيار النقد اخذا بالقياس ولم يقصر فى خيار التعيين عليها اجيب بان فى خيار النقد تعليقا صريحا باداة الشرط فلا يكون الوارد فى خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه ليس فيه صريح التعليق فكان فى معناه وهذا يوجب ان اخذه فى خيار النقد فى الثلاثة باثر لابن عمر رض فيه وفى الزائد بالقياس واثر ابن عمر نقله الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع عن محمد بن الحسن رح عن عبد الله ابن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصا قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا فاجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن احد من الصحابة خلافه الا انه لا يطابق قول المص فى خيار النقد فيما تقدم فابو يوسف رح اخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقى خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت فى حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قوله ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالعيب فحمله المص بامتناع الرد بالعيب فيعرف منه ان هذا اذا كان بعد ان قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذى حدث فيه عنده وتقدم ان الهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شىء لانه تعين امانة اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشترى بالخيار ان شاء اخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلكا معا بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فليس احدهما اولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما واثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلفا فى الهالك اولا فادعى البائع انه اكثرهما ثمنا وقال المشترى الاقل فان القول قول المشترى مع يمينه على ما استقر عليه قول ابى يوسف ومحمد رح وكان ابو يوسف يقول اولا يتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا جميعا كانهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وايهما بين قبل فان اقاماها قضى ببينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك ايهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمته عيب المردود شيأ استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع ايضا بخلاف الهالك فانه ليس محلا لابتدائه فليس محلا للتعيين ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فيضمن نصف ثمن كل فان قيل فمن اين تعين المعيب للبيع دون الامانة واحدهما لا على التعيين بيع كما ان احدهما لا على التعيين امانة وامتناع الرد بان اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضى المفتى فى مختلفاته واما عدم الضمان على الامين فباستصحاب الحال فان قيل فلم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع انه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شىء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يجرى فيه عقد بل تعيين الثمن فقط وهنا يجرى تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على ان احدهما غير عين مبيع واحدهما غير عين امانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لاى شىء العكس حكم طلاق احدى الزوجتين وعتق احد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقى لا الهالك وهنا يتعين الهالك



للبيع اجاب على القمى بانه لا فرق فى الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه فى المسائل كلها غير انه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقى بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقى للامانة وانت تعلم ان حقيقة السؤال انه لاى شىء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقى وهناك جعل المحل للتصرف الباقى دون الهالك مع ان التصرف فى الكل لا فى الاحد الدائر بين المعينين فلا بد من الفرق وهو ان العبد هنا لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد بالوجه الذى قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعيين الباقى للضرورة وحين اشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقى لها ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما تناول احدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابى حنيفة رح خاصة قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل او اكثر عندهما فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا ان من اشترى دارا بالخيار له ان يشفع بها فيما بيع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به لانه اى الشان ما تثبت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار وذلك اى ضرر الجوار يحصل باستدامة الملك فحيث شفع دل على انه مستديم للملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابى حنيفة رح خاصة لانه القائل بان المشترى بالخيار للمشترى لا يدخل فى ملك المشترى فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فيحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بان المشترى بالخيار يملكها فيتجه له الشفعة بها والوجه انهما ايضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استقرار الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفى المبسوط على تقدير انه لم يملكها على قول ابى حنيفة او عدم هذا التقرير قال لانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشترى هنا لم يصر احق بالتصرف ولو اعتبر الماذون والمكاتب كالوكيل عن السيد فى الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له ان يشفع فى الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له ان يردها بعد ما شفع بها وسياتى انه لو اسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم فحقيقة قولنا يثبت له خيار الرؤية انه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة قال واذا اشترى الرجلان غلاما على انهما بالخيار فرضى احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابى حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قوله واذا اشترى الرجلان عبدا اشترى على انهما بالخيار ورضى احدهما بالبيع بطل خيار الآخر فليس له ان يرده عند ابى حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية بان اشترى الرجلان غيبا فاطلعا على عيبه فرضى به احدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له

ذلك اذا اشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضي احدهما دون الآخر لهما ان اثبات الخيار ردا الاجازة لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه حقه ولان المبيع خرج
عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك
الا بطريق المهايات والخيار ما شرع لدفع الضرر عن احدهما بالحاق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه
عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب اجيب بانه انما رضي به في ملكهما فان
قيل بل رضي به مطلقا لان الخيار معلوم انه قد يكون عنه فسخ وقد يكون عنه ابرام فشرطه رضا لكل من الامرين اجاب عنه المص بقوله وليس من
ضرورة الخ يعني لا يلزم من كونه شرطا لهما ان يكون راضيا بفسخ احدهما لجواز كونه رضاه بفسخهما فاذا اجازه كان هو الظاهر اذ الظاهر ان الصرف
من العاقل اذا احتمل كلا من امرين في احدهما ضرر دون الآخر انه انما اراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى
ما لا يفيده بلا فائدة قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف
النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار
كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف
قوله ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب اي حرفته ذلك فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه ولو مات هذا المشتري
انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله لشرط وصف مرغوب فيه في البيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من
مقتضياته وكان شرطه اذا لم يكن فيه ضرر صحيحا فالاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز واما فيه غرر لا يجوز الا ان يكون
اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة او شاة على انها حامل او تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا
خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوب جاز كما اذا شرط في الفرس انها هملاج وفي الكلب انه
صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا او انثى وشرط كون الثمن مكفولا اما لو اشترى جارية على انها حامل فاختلف المشائخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة
وقيل يجوز لان الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكان ذكره ذلك للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط انها حامل يعني ذكر
غرضه للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه
على انه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا وهو مذهب الحسن عن ابي حنيفة رح في اشتراط الحمل في البقرة والجارية انه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط
انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا اصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم
لا يكون له حق الرد معناه ان يوجد فيه ادنى ما يطلق عليه اسم الكاتب والخباز اعني الاسم الذي يشير بالحرفة فلو خلا من ذلك ما ليس كذلك كان له
حق الرد بان يكتب شيئا يسيرا او نقصانا في الوضع او يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بالكلية واذا لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع
بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة رح لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد
وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي رح لان البائع عجز عن تسليم وصف
السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة
تحتمل انه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا ان القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية



اصل وشهادة النساء بانفرادهن في ما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تايدت بمؤيد وان لم يتايد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرفت
هذا فاذا اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل ما يطلق
عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري والا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري
ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو
اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلن بكر لزم المشتري
بلا يمين البائع لان شهادتهن تايدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي و
شهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة حق ضعيف لانها
ليست بمقصودة لذاتها فجاز ان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان
نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وروي عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن
عند القاضي من النساء من يوثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فلزم الجارية
على المشتري الى ان يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله لان الاصل هو البكارة
ولا يريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا اشترط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه
فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان
كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس اعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم
جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فاذا اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او
هروي فوجده مرويا او كتان فوجده قطنا او ابيض فوجده مصبوغا او مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على ان بناها آجر فاذا هو لبن او على
ان لا بناء ولا نخل فيها فاذا بها بناء او نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة او على انه عبد فاذا هو جارية او فص على انه
ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد او غلاما على انه تاجر او كاتب
فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه او انها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم معز فكان لحم ضان او على عكسه ونحو ذلك فله
الخيار فلو اشترى على انه بغل فوجده بغلة او حمارا او بعيرا فاذا هو اتان او ناقة او جارية على انها رتقاء او حبلى او ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار
له لانه صفة افضل من المشروط وينبغي في مسئلة البعير والناقة ان يكون في العرب واهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل اما اهل
المدن والمكارية فالبعير افضل ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري

## باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية
شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء
اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عم من اشترى شيئا
لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في

المعاين المشار اليه قوله ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له او على خلافها مثل ان يشتري جرابا فيه اثواب هروية او زيتا في زق او حنطة في غرارة من غير ان يرى شيئا ومنه ان يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا او ثوبا في كمي صفته كذا او هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة له الخيار اذا رأى شيئا من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع او لا وسواء اشار الى مكانه او اليه وهو حاضر مستور او لا مثل ان يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشائخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة فبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيئا بعشرة وقول المص وقال الشافعي لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز واما فيما سمى جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية انه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك واحمد مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان رض بن عفان وطلحة رض وذكر المص رح في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصرا عليه يعني وكلما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة قلنا لا النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته واما بيع الغرر فلفظه يفيد انه غيره وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فيبتني عليه فيكون مغرورا به بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك لبعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما يلزم من الضرر فيه ونقطع بان لا ضرر فيما اجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فاما اذا اوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه اصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما يفوت بان يذهب فيبادر فيه آخر اه فيشتريه منه فكان في الشرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر فاذا بينا دلالة النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب ان يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ليس الا كذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما اجزناه فكان نفيه قولا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو انه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المص زيادة في الخير وهو ما رواه ابن ابي شيبة والبيهقي مرسلا حدثنا اسمعيل بن عياش عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند اكثر اهل العلم وتضعيف ابن ابي مريم بجهالة عدالته لا ينفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث ايضا الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين ايضا وعمل به مالك واحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن ابي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق ان عمل من ضعف ابن ابي مريم على وفق حديثه يبتني على ان العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له وهي مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا ما لم يعلم انه عمله من الحديث وقد روى الحديث ايضا مرفوعا رواه ابو حنيفة رح عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة رض عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق ابي حنيفة رح الا ان في طريقه الى ابي حنيفة عمر بن ابراهيم الكردي نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو



يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن وكذا شراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فاقيم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المص فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه يعني فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا ليفيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به اعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيكفي انتفاء مجرد علم الوصف وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قوله وكذا اذا قال رضيت الخ اي وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه له ان يرده لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن سؤال مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا اجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعلقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء قد يثبت باسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار ان له ان يجيز وان يفسخ ثم لم يثبت للاجازة سبب آخر فيبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب فان سببه وهو العيب قائم قبل فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك واما الفسخ فيثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المص رح مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشائخ منهم من منع وانه لا رواية فيه واما قول المص ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية فلو تم لزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالمبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية ان يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا يمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرتفع عندها فيثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم ان خيار الرؤية يثبت في اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرفت من هذا انه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت اعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له ان يرده كان له ان يرده ابدا وليس للبائع ان يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند ابي حنيفة رح ومحمد رح خلافا لابي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رض باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رض فقيل لطلحة رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رض

انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت مالم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض

قوله ومن باع مالم يره بان ورث عينا من الاعيان في بلدة آخرى فباعها قبل ان يراها فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز ان يرد الثمن بالزيافة وخيار الشرط فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان سبيل من ترك حقه او اخذه باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متاخرا للمصلحة التي ذكرناها ثم لتقرير النص حيث قال وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا يعني في حق البائع وثبوتا في حق المشتري ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية بحال انه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بالعدم وحاصله ان ثبوت الخيار بعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل اعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه ان يكون هكذا ايثبت الخيار بتراضيهما الا اذا سكتا عنه فيلزم رح فكذا هنا وليس الواقع هذا فظهر اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا احق له ان يرجع وذكر للرجوع اليه وجهين احدهما انه معلق بالشراء لما رويناه فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما اخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن ابي وقاص ان طلحة رض اشترى من عثمان بن عفان رض مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت مالم اره وقال طلحة رض لي الخيار لاني اشتريت مالم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر ان مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رض لان هذه القضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما غيرهما فيها فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن احد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا

قوله ثم خيار الرؤية غير موقت بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله ويبطله ما يبطل خيار الشرط من تعيب يعني بعد الرؤية او تصرف يبطل خيار الرؤية لقيد تفصيل يذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه للتصرف كالاعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله كالبيع المطلق انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لانه به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة تبطل خيار الرؤية سواء وجدت بعد الرؤية او قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا راه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا راه وحاصله تقدير تخصيص بالعقل وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبة بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لو ابطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالته اولى لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانها اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بها خيار الرؤية بل له ان ياخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه برد بقضاء او بفك



الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم راه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن ابي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه وكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية ان يقبضه اذا راه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

قوله ومن نظر الى وجه الصبرة الخ والاصل في هذا ان رؤية جميع اجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والاجماع ان ينظر الى عورة العبد والامة التي يريد ان يشتريها ولازم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا ينبني عليه ان من نظر الى وجه الجارية والعبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها او ظهرها وسائر اعضائها الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها لان سائر الاعضاء في العبيد والاماء تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وقيل لا يسقط ما لم ير قوائمها وهو المروي عن ابي يوسف ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن ابي حنيفة رح في الدابة اذا رأى عنقها او فخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حافرها او ذنبها فله الخيار وعن محمد يكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن ابي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس باليد فلا يكتفي بالرؤية ما لم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه تضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين او يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وفي المنتقى لا بد عن رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل قيل وينبغي ان ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بها فرو واما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى به مثلها فلا خيار وان كان مما لا يحشى به مثلها يبطل خياره هذا اذا كان المبيع واحدا فان دخل في البيع اشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته ان لا تتفاوت آحاده ان يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره

في الينابيع وفي الكافي اذا كان اردى له الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق
كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار الرؤية ان كان الاختلاف
لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم اراه المبيع في الحال وان كانت
احاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا اعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد والجوز و
البيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي قال الا انه كان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية
البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين او اكثر اختلفوا فمشائخ العراق على ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشائخ بلخ
لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له ان ما في الوعاء الآخر مثله او اجود اما اذا كان اردى
فهو على خياره وان كان ما يتفاوت احاده كالبطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت واسقطت خياري
وفي شرح الطحاوي لانه لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بآلاته ولبده لا بد من رؤية الكل قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد
بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب
الكتاب على وفاق عاداتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر
الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان
من خارج لان النظر الى جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت السرر والى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفى برؤية المقصود منها وعند زفر لا بد من دخول
البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عاداتهم في الابنية في الكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة واما في ديارنا فلا بد من الدخول
داخل الدار كما قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا ان يقال وكل من ذلك مقصود و
على هذا ما ذكر من انه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر و
شرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق واما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية
رؤس الاشجار او رؤية خارجه فقد انكر بعض المشائخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضي خان
لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو
اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند ابي حنيفة رح لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن
محمد يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام ان قول محمد موافق لقول ابي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا
لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى
عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان
المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا يكال او يوزن
بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والشلجم ان باعه بعد ما نبت نباتا يعلم به وجوده تحت الارض جاز بيعه فان قلع البصل هل يثبت له
الخيار حتى اذا رضي به يلزم البيع في الكل وان قلع البائع او المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف
ان رؤية بعض المكيل والموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له ان يرد



رضي بالمقلوع او لم يرض وجعل ناحية من الارض اقل منه او لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعيب في يد المشتري
يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كالعدم وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البائع او المشتري باذنه له الخيار في الباقي
حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا يكون ككله وان قلعه المشتري بغير اذن البائع بطل خياره وهو المختار وقد حكي
فيه خلاف بين ابي حنيفة وبينهما فما ذكرنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لان بعضها يستدل
في العادة على الكل وان اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا اقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى
فيتطوع انسان بالقلع فان تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر
المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رض معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار
بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان
القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار
الرؤية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى
التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار
الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا
لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في
البيع قوله ونظر الوكيل الى المبيع مكشوفا يعني الوكيل بالقبض كما فسره المص وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه او كن وكيلا عني بقبضه كنظر المشتري
حتى لا يرده المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع
اليك المبيع او انت رسولي اليه في قبضه او ارسلتك لتقبضه او امرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب واقبضه يكون رسولا او وكيلا لانه من
تبعات امرتك وقد قيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر بان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما اذا قال
امرتك بمادة الف ثم رآه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما يعني الرسول والوكيل بالقبض سواء فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما
يرد ما قبضه رسوله واما الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك
ما لم يتوكل به واذا لم يملكه لا يثبت عن فعله وصار كخيار العيب والشرط بان اشترى معيبا لم يره به ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه
لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط وصار ايضا كالاسقاط قصدا بان قبضه الوكيل
بالقبض مستورا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لا يسقط وله ان القبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية
يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما وناقص وهو ان يقبضه مستورا واذا كان
كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا سقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه ثم الموكل مالك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق
التوكيل بخلاف ما اذا اسقط الخيار قصدا بان قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار لان بقبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك الوكيل
بعد ذلك اسقاطه لانتهاء الولاية ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احدهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى
ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فابطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل واجيب بان سقوط الخيار

قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا
بقبض الوكيل انما ثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا اثباتا في مجرد رويته وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية
راه انما يتاتي على القول بان بمجرد مضي ما يتمكن من الفسخ بعد الروية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح
لانه لا يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل يثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله وبخلاف خيار العيب لانه لا يثبت مع تمام الصفقة لانه لم يشرع لتتميم القبض
بل التسليم الجابر للفائت في ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له ان يرد المعيب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الامن عيب قال
فخر الاسلام يحتمل الامن عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب ان يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه ابو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب
عندنا ان لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم اولم يعلم وقوله وخيار الشرط على هذا الخلاف انتهى يعني وخيار الشرط الذي
فيه قلنا ان منعه فيكون على الخلاف ذكره القدوري وهو رواية الهندواني لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يحجر الفسخ فلا
يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه ولئن سلم انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح فان الموكل لا يملك التام منه اذا فرضنا ان التام لا يكون معه
خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف الرسول بالبيع والشراء فانه لا يملك شيئا من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل باداء الرسالة وكذا
لا يملك التسليم ايضا وصور الارسال في البيع تقدمت اوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء ان يقول قل لفلان اني اشتريت منك كذا وكذا المعين بكذا

قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان
يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار
حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الروية كما في السلم وعن ابي يوسف رح انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال
قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس
في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رح يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول
ابي حنيفة رح لان روية الوكيل روية الموكل على ما مر انفا قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في
السلم والشراء بمعنى لغة الحجاز ويقصر لا بل يجد وله الخيار اذا اشترى لانه اذا اشترى ما لم يره فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من
اشترى ما لم يره فله الخيار اذا راه وقد قررناه من قبل في اول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بلا نكير اصل في الشرع
بمنزلة اجماع المسلمين ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس كالشاة وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق وقوله كما في البصير
ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم راى فلا خيار له ولا يسقط خياره في العقار حتى
يوصف له في جامع العتابي هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفته ولا يخفى ان ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف
وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد اقيم مقام الروية كما في السلم وممن انكره الكرخي وقال
وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراى العقار وقال رضيت
سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على راس من لا شعر له في الاحلال
من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق اذ تحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشيء بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته في السلم و
وجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وعن ابي يوسف ايضا انه اعتبر الوصف في غير العقار ايضا ولم يعتبر الشم
والذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الروية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الاعمى



اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس
والجس لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات وهو المروي
عن ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث وقال ابو الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه فيسقط بذلك خياره قال المص وهذا اشبه
بقول ابي حنيفة حيث جعل روية الوكيل روية الموكل ولو وصف الاعمى ثم ابصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير
ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الآخر فله ان يردهما لان روية احدهما لا تكون
روية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام
وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الروية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل
قوله ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الآخر جاز له ان يردهما لان روية احدهما ليست روية للآخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم
يره فله رده بحكم الخيار ثم لا يتمكن من رده وحده فيردهما ان شاء كي لا يكون تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الروية
قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع
ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضاء فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق احدهما لا يرد الباقي وههنا وفي الخيار الشرط يرد الآخر اذا رد احدهما
بعد القبض اجيب بان رد احدهما في خيار الروية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان
بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملكا للبائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له
ان يرد الباقي ايضا كما في خيار الروية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو
كان قبض احدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق احدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيلا او موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة
ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيبا في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له ان يرده وحده لتفرق
الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في منع تفريق الصفقة قبل التمام وجوازه بعده لدفع الضرر الاكثر وذلك ان في تفريقها
ثبوت ضررين دائما غير انه قبل التمام يكون ضرر البائع اكثر فانه ضرر مالي فانه قد لا يروج احدهما الا بالآخر لجودة احدهما ورداءة الآخر وهو فوق ضرر
المشتري فان ضرره ليس الا ابطال مجرد قوله اذا الزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري اكثر لانه متى رد الكل بطل حقه عن اليد وضرر البائع
موهوم اذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع اعلى الضررين فيهما ومن مات وله خيار الروية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا
وقد ذكرناه في خيار الشرط قوله ومن مات وله خيار الروية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث على ما ذكرناه من الوجه في خيار الشرط وتقدم
ان خياري الشرط والروية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على
الصفة التي راه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالروية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم
الرضاء به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الروية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول
قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف
ما اذا اختلفا في الروية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قوله ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان وجده
على الصفة التي راه عليها فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالروية السابقة فلم يتناوله قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار

اذ رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله الا اذا كان المشتري لا يعلمه مرئية اي لا يعلم ان المبيع كان قد رآه فيما مضى كان
رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم انها التي كان رآها ثم ظهرت ايّاها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا او رأى ثوبا ملفوفا
في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم انه ذلك وان وجده متغيرا عن الحالة التي كان رآه عليها فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه
فكانت رؤيته وعدمها سواء فان اختلفا في التغير فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول للبائع لان دعوى التغير بعد ظهور سبب
لزوم العقد وهو رؤيته ما يدل على المقصود من المبيع دعوى امر حادث بعده والاصل عدمه فلا يقبل الا ببينة بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية
فقال البائع رأيته وقال المشتري لم اره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعي امرا عارضا هو العلم بصفته والمشتري ينكره والقول
له وكذا لو اراد ان يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتكه وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات او فيه
خيار الشرط او الرؤية ولقائل ان يقول الغالب في البياعات كون المشترين راؤا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان
الغالب هو الظاهر والمذهب ان القول لمن يشهد له الظاهر الا لمن يتمسك بالاصل الا ان يعارضه ظاهر فالوجه ان يكون القول للبائع في
الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في انه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف
على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان او
امينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب فانه لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي احضره والبائع ينكره وقوله الا
اذا بعدت المدة استثناء من قوله القول قول للبائع الا في صورة ما اذا طالت المدة على ما قالوا اي المشائخ لان الظاهر شاهد للمشتري اذ
الظاهر انه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رح ارأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين سنة
وقال تغيرت يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه افتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كانت لا تتفاوت
في تلك المدة غالبا فالقول للبائع واذا كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول
للبائع لان الشهر في مثله قليل قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب
وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط
يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو
عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رح وعن ابي يوسف رح انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط
وعليه اعتمد القدوري قوله ومن اشترى عدل زطي لم يره وقبضه فباع ثوبا منه او وهبه وسلمه ثم رأى الباقي ليس له ان يرد شيئا منها الا من عيب
وكذا لو اشترى العدل المذكور على ان له الخيار ثلثة ايام وهو شرط الخيار والباقي بحاله اعني فباع بعضها او وهبه سقط خياره في الباقي وليس له
ان يرده بخيار الشرط بل اذا اطلع على عيب وهذا لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام
كما مر من ان قيام خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وان كان بعد القبض بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه اي في المقبوض
وضع المسئلة لانها لو لم تكن مقيدة به لم يصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولانه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهي انه لا يرد احدها
بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى لو وجد باحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل
يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز



بعد تمامها وحديث الخيار اقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده يرد معه الآخر فزدنا شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة فيكون عاملين
بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد به هنا الغرارة التي هي عدل غرارة اخرى عن الحمل او نحوه اي ليا دلما وفيها اثواب والزطي
المنسوب الى الزط جيل من الهند تنسب اليه الثياب الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم انثه في قوله لم يرد شيئا
منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية اهلكناها فجاءها بأسنا بياتا او هم قائلون هذا ولو عاد الثوب الذي باعه من العدل او وهبه الى المشتري
بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء او الرجوع في الهبة فهو اي المشتري للعدل على خياره اي خيار الرؤية فله ان
يرد الكل رح بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كما ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف وهو رواية علي بن
الجعد عنه انه اي خيار الرؤية لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط الا بسبب جديد وصححه قاضي خان وعليه اعتماد القدوري وحقيقة الملحظ
مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية سقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا
اوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

## باب خيار العيب

تقدم وجه ترتب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع اي
صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب ايضا على الاصل والعيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا واذا
اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة
فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به قوله واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراءة من كل عيب فهو بالخيار ان شاء
اخذ ذلك المبيع بجميع الثمن وان شاء رده هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب
وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص وانما ثبت له هذا الخيار لان مطلق العقد وهو ما لم يشترط فيه عيب يقتضي وصف السلامة فعند فواته
يتخير بيان الاول من المنقول والمعنى اما المنقول فما علقه البخاري حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى
محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة
والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن ابيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد المجيد بن وهب
ابو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذة الا اقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من
محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ففي هذا ان المشتري العداء وفي الاول انه النبي صلى الله
عليه وسلم وصحح في المغرب ان المشتري كان العداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل نحو قوله وقال معاذ
لاهل اليمن ففي قوله عم بيع المسلم المسلم دليل على ان بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاؤه عم بالرد فيه على ما في سنن ابي داود بسنده الى
عائشة رض ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول
الله قد استغل غلامي فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرقيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها
والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال
حقك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وتفسير الداء يوافق تفسير ابي يوسف له واما ابو حنيفة رح ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف

والكبد وارية وفسر ابو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تغول المال اي تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون واما المعنى فلان السلامة لما كانت الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة ان القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا يتضرر بالزام ما لم يرض به **وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري** ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قوله وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان اي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبائع لم يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالما به لطول ممارسته له مدة كونه في يده ولذا بعينه اتفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضي بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالما بالعيب فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل تخير في اخذه به او رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبله قوله ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد فليس له ان يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يجوز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا المعروضه غير منفرد عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان ولا يتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البائع كان تعيب عند المشتري بعيب آخر او لحق الشرع بان جنى جناية ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب له لا يردها لان تلك الزيادة التي اتلفها جزء مبيع الا انها تبع محض **فروع** لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز وهو الاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية **قال وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله** قوله وكلما اوجب نقصان الثمن الذي اشترى به في عادة التجار فهو عيب وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا او لا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار او ارباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين او لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوي على العمل ومكانه في جارية تركية لا تعرف لسان الترك **والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من** الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قوله والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وقوله



ما لم يبلغ بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت ايضا عند المشتري في الصغر له ان يرده به ثم قال القدوري فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ وقد اعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال ومعناه اي معنى قوله فاذا بلغ الخ وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجد عند المشتري بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه بان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر والبول في الفراش للصغير لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغير لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يرد به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر او ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له ان يرده بها واذا عرف الحكم وجب ان يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غيره فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل ذلك بعد البلوغ ايضا والا فلا معاودة وقوله ليس بعيب اي لا يرد به قوله والمراد من الصغير الخ تقييد للصغير الذي ذكر انه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بان يكون صغيرا يعقل واما الصغير الذي لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقة والبول في الفراش قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا روى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وفي بعض المواضع ويستنجي وحده فاذا قدر بما حد وما قدر بها في الحضانة فيقتضي ان يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به لانهم قدروا الذي يأكل وحده الخ بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بما دون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية وههنا مسئلة عجيبة هي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له ان يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر ليس للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والذي يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بمسئلتين احديهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي ان يسترد انتهى وفي فتاوى قاضي خان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البائع اعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع ان يسترد ذلك وفيها ايضا اشترى عبدا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البائع قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له ان يرده او في غيره فلا وقيل له فلو اشترى ارضا فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع كان له ان يسترد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا ان يجيء ماء غالب او كان المشتري رفع من ترابها فيكون النز بغير ذلك او غلبته فلا يدري انه عليه او غيره قال القاضي الامام يشكل ما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو لم يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت استاذ شمس الائمة الحلواني وهو استاذ وسمى فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فتناظرنا في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا **قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده**

لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قوله والجنون عيب ابدا هذا لفظ محمد فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبير يرده لانه عين الاول لان السبب المجنون في حال الصغر والكبر متحد وهو فساد الباطن اي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ ابدا المذكور في لفظ محمد وليس معناه انه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري كما ذهب اليه طائفة من المشائخ فاثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وان لم يجن عند المشتري فان هذا غلط لان الله تع قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قل ما يزول وقد تحققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداواة فاذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من معاودة الجنون للرد وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا باسطر وان طعن المشتري باباق او جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع او عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدا وعليها الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب والسرقة وان كان اقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس او فلسين ونحوه ليس عيبا والنقب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى او من غيره الا في المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه والاباق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو ابق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر اباق وكذا على العكس ولو ابق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو ابق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه او لا يقدر فلا

قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به قوله والدفر هذه اربعة اشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام ايضا لان الداء عيب وفي فتاوى القاضي قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن ابي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية ايضا الا ان يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد امرد فيكون البخر عيبا به والصحيح انه كل لا فرق بين كونه امرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل ادفر وامراة دفراء ومنه المهب يقال يا دفار معدول عن دافرة ويقال شممت دفر الشيء ووزنه بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة واما باعجام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب او نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك اذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت امراة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره واقبل بخره قيل الرواية ههنا بالدال غير المعجمة والبجر بالجيم عيب هو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس ابجر وفي الصحابة غالب ابن ابجر او قلبه سمي به فرس لعقره وكذا الادر وهو عظم الخصيتين والاذن عيب وهو من يسيل لعابه من فمه والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها والوجه كون الجارية ولد زنا عيب بانه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا



يعير الولد بامه الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا الا ان اتباعهن يخل بالخدمة قوله الا ان يكون الزنا له عادة استثناء من قوله دون الغلام وقوله على ما قالوا يعني المشائخ لان اتباعهن يخل بالخدمة اذ كل ما وجه لحاجة اتبع هواه وقال قاضي خان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال ويزداد بالحد د ضعفا في نفسه انتهى بل وفي عرضه وربما تأذى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغير وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضي خان وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة اما عندنا عدم الختان في الجواري لا يكون عيبا قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي رح يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب قوله والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يامنه على الخدمة في الامور الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطا فتقل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زايل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي رح تفصيل حسن في الدين وهو انه اذا كان دينا متأخرا الى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به كدين معاملة بان اشترى شيا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البائع فلم يفده حتى باعه فله رده الا ان يقال وبعد العتق قد يفضي الى نقصان ولائه وميراثه

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قوله واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في اوانه واستمراره علامة الداء فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في اوانه بخلاف ما اذا كانت بلغت الاياس فان الانقطاع ليس عيبا لحقيقة التعيب فيها بالداء ولذا قال بعضهم اذا اراد ان يرد بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي ان يدعي باحد السببين من الحبل او الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجه الخصومة قول امراة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة وكذا نص عليه الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير وهو اوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنخاسين فان اجتمع عليه مسلمان او قاله مسلم عدل قبل ويثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضي خان ان اخبر بذلك عدل واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان انكر ولا بينة عليه يستحلف كما سنذكره ويعتبر في الارتفاع الموجب للعيب اقصى غاية البلوغ وهو ان يكون سنها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له الا ذلك فاذا انضم الى قولها نكول البائع اذا استحلف قبل القبض وبعده في الصحيح روت واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض

بقول النساء ووجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا مؤيدة وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روي عن ابي يوسف مقدرة بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة اشهر وعشر وعن ابي حنيفة وزفر رح بسنتين وما دون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة عليها لانها مما يمكن الاطلاع ولا يمكن على الانقطاع الذي يعد عيبا وان انكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة رح لا وعندهما يحلف وهذا ينبو عن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكر هذا انه ذكر عن فتاوى قاضي خان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا او اربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد فاذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له ان يرده اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة اشهر ولا اكثر وينبغي ان يعول عليه وانه تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند ابي حنيفة رح وهو قول زفر سنتان وعند ابي يوسف ثلاثة اشهر وهو قول ابي حنيفة رح وعنه وهو قول محمد رح اربعة اشهر وعشر وفي رواية عن محمد رح شهران وخمسة ايام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لان الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطي ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره ابو حنيفة وزفر رح بسنتين لان اكثر مدة الحبل فاذا مضتا ظهر انتفاؤه فيجاز وطيها وهو اقيس وقدره محمد وابو حنيفة في رواية باربعة اشهر وعشر لانها اعتبرت بمدة المتوفى عنها ولان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره ابو يوسف بثلاثة لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بسنتين او غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكرنا ظهر انه لا يحتاج الى دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبل او داء في الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء الا انه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلهذا لم يتعرض الفقيه النفس قاضي خان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن احدهما بل اذا ادعى الانقطاع في اوانه فقد ادعى العيب ويكفي شهر واحد فانه يتحقق الانقطاع في اوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب او طريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب ان يعول عليه والا فقلما يظهر للطبيب امتداد الطهر وكثيرا ما يكون في الممتدة طهرا شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء وهذا هو ظاهر الهداية الا ترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتابي وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء او الحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور ان يثبت بقولها حتى توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول الاطباء او النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء او الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه يحتاج حينئذ في توجه الخصومة الى قول الاطباء او النساء ليس تقريرا لما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ اخرون تخليط على الظن خطاء وهم وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه. وذكر المشتراة بكرا على قول ابي حنيفة وابي يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكر في الحال فان القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهو ان الاصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن ويحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان كان قبله حلف انها بكر وغير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى بالنكول على ما في الكتاب العتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة فهنا



طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن ابي يوسف ومحمد رح في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا يقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضي خان والعتابي وهو ما صححاه ان يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع بها ردت عليه وان انكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده وان نكل ردت عليه ولهذا قول المصنف ترد اذا انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وانكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع والغرض ان لا يقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه من انه اذا انكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند ابي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يحلف كذلك الا وهو بار ومن اين له العلم بانها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة واما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن ان يجري فيه ايضا وهذا تعداد المعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيها وكثرة الخيلان وحمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض وكذا الشمط لانه في غير اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل الكبر والعشى ان لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا او غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو ان يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف اعسر يسر وهو ان يعمل بهما فانه زيادة حسن والقشم وهو يبسة الجلد والتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في المآقي وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر وهو بياض يبدو في انسان العين وجحوظ العين وغيرها والشعر والقبل في العين و منه قول الشاعر يصف خيلا تراهن يوم الروع كالحدء القبل والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فاما القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو ان يعزل ذنبه الى احد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالاخرى والرتق والقرن والعفل وهو استلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو ميل كل من ابهامي الرجل الى الاخر قال محمد ابن الاعرابي الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه وتناثر شعر الراس والصدق التواني اصل احق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مفرطة في الفم والبخر قيل اذا فحش او كان ياتي بافعال ردية والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلوة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت ذميمة او سوداء والنشار في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا اكل العذارى والجموح والامتناع عن اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير والسيلان اللعاب على وجه المخلاة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الحنطة تردبه بخلاف ما اذا كان معتادا والبيس له ان يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا او مكعبا فلبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على ان فيه كذا من السمن وقميصا على ان فيه عشرة اذرع والمشتري ينظر اليه فظهر خلافه فلا خيار له قوله قال

**واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر** قوله واذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع

على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب وليس له ان يرد المبيع لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو الزمناه به
معيبا تضرر ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه الحادث عند المشتري فله ذلك لانه
رضي بالضرر وما كان عدم الزام المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضي فقد اسقط حقه اللهم الا ان يمتنع اخذه اياه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا
فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو اراد البائع ان ياخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع
فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها فان قيل ينبغي ان يرجح جانب المشتري فيرجع بالنقصان ولا يرد المبيع
لان البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته اجيب بان المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالغاصب اذا عمل في الثوب المغصوب
الخياطة او الصبغ بالحمرة لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم ان
الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها اجيب بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر حق المشتري والا [illegible] كما صيرت اصولا بالقصد من
اتلافه او كلا رجع بالنقصان فمعناه ان يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب فينظر الى التفاوت وان كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر
الثمن وان كان اقل او اكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته
كذلك كان قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه او اعتقه على مال او كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان كذا اذا قتل عند المشتري خطا
لانه لما وصل البدل اليه صار كان ملكه من القاتل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون كان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع
فاذا ابق العبد [illegible] عند ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي رح لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الياس من
الاصل وعن ابي يوسف رح يرجع لتحقق العجز في الحال والرد موهوم وهو لا يعارض الموجود قوله قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا
رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه
وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشئ لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان
فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى
الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه لان
الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعدما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا
للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد
كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه يعني ولم يخطه ثم وجد به
عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك اي مقطوعا كان له ذلك لان الامتناع اي
امتناع رده كان لحقه وقد رضي به اي برده معيبا فزال المانع فان باعه المشتري اي بعد القطع بعد علمه بالعيب او قبله لم يرجع بشئ لان الرد لم
يتعذر بالقطع برضى البائع بقبوله فبيعه مع عدم امتناع رده مقطوعا صار حابسا للمبيع بالبيع فان كان المشتري قطع الثوب وخاطه او صبغه
احمر او كان المبيع سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة المتصلة وانما امتنع لانه لا وجه للفسخ في الاصل
اعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها لان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه
رفع ما كان من المبيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو ورد على الزيادة لزم الربا فان الزيادة ح تكون فضلا مستحقا في عقد
المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا او شبهته وشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه وان رضي المشتري بترك
الزيادة لان الامتناع لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط



واذا امتنع الرد بالفسخ فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حابسا له عن البائع وعلى هذا الاصل وهو ان
الرد اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه
لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة
مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان ولو كان
الولد كبيرا او الباقي بحاله رجع بالنقصان لانه لا يصير مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرجوع بسبب الزيادة
التي هي الخياطة قبل اخراجه من ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين ان يخرجه عن ملكه بالبيع او البتة او لا في جواز الرجوع بالنقصان
وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من ان الاصل في جنس هذه المسائل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا
البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي البائع فاخرجه عن ملكه يرجع
بالنقصان انتهى وهذا اصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ و
والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي واحمد ولو قال البائع انا اقبله كذلك ورضي
المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولد ما لو كان حنطة فطحنها او لحما فشواه او دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك رجع بالنقصان
لانه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع بحق الشرع وفي كون الطحن والشي من الزيادة المتصلة تامل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال والجلاء بياض
العين وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبعا للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة اصلا والمنفصلة
المتولدة منه كالولد واللبن والتمر في بيع الشجر والارش والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها وما امكن التبعية للانفصال فيكون
المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضي بهما بجميع الثمن واما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بان نقسم الثمن على قيمته
وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته الفا وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن ان رده واخذ تسعمائة وغير متولدة منه
كالكسب هي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول احمد رح والشافعي رح واحمد رح وفيه الحديث الذي ذكرنا
اول الباب الذي فيه قول البائع انه استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعي رح واحمد رح حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب
لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشتري ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الاعيان ولذا كانت منافع الحر [illegible] ان
ليست بمال والعبد المكسوب [illegible] ليس مكاتبا والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز ان يسلم له مجانا اذ فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بآفة
سماوية يثبت له الرد لانها لم تكن وبه قال الشافعي رح قبل الحكم بالارش وانما قيد المص بقوله احمر ليكون زيادة بالاتفاق فان اسود عنده نقص
فهو كالقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد باي سبب كان بالاتفاق قوله قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع
على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع
بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا
الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لان
تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه المشتري او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك
ينتهي به والشئ بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع اذ امتناع الرد انما يكون مانعا اذا كان
عن فعل المشتري اما اذا ثبت حكما للشئ فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه بما اذا صبغ الثوب احمر او خاطه فانه يرجع
بالنقصان مع الامتناع بفعله واجيب بان امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل وكان

ينبغي للمصنف ان يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة واما العتق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي ومحمد رح لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه عن سببه موقتا الى الاعتاق فينتهي انه انهاء فصار كالموت وهذا وجه الرجوع بالموت ومعنى مقدمه بسببا انه انهاء لان الشيء بانتهائه يتقرر الى آخر ما قررناه وقوله والتدبير والاستيلاد بمنزلته اي بمنزلة الاعتاق وان لم يزيلا الملك لكن لما اخلياه من الاعتاق لانه يتعذر معهما النقل من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله مع بقاء المحل احتراز عن الموت والاعتاق و نزله بالامر الحكمي اي حكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض قوله وان اعتقه على مال ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء وكذا الكتابة لان المشتري حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رض انه اي العتق على مال يرجع بالنقصان وهو قول ابي يوسف وبه قال الشافعي واحمد رح لان العتق سواء كان بمال او بلا مال هو انهاء للملك اعني الرق ولهذا يثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال او بغيره طردي لا اثر له ما تقدم من كونه حابسا لبدله فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع قوله فان قتل المشتري العبد اي لم يمت عنده حتف انفه او كان المبيع طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رض اما القتل فالمذكور من عدم الرجوع فيه ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف رح انه يرجع وذكر صاحب الينابيع ان محمدا رح معه وهو قول الشافعي واحمد رح لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي من قصاص او دية فكان كالموت حتف انفه وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر وانما سقط الضمان عن المولى بسبب الملك لذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى صار كالمستفيد بالعبد عوضا هو سلامة نفسه ان كان عمدا او سلامة الدية للولي ان كان خطأ فكانه باعه بخلاف الاعتاق لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعتق احد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا واذا كان موسرا على تقدير فلم يوجبه بذاته فلم يستفد اي لم يلزم استفادته بالاعتاق من ملكه شيئا حقيقة ولا حكما واما الاكل فعندهما يرجع وبه قال الشافعي واحمد رح وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه اخذ الطحاوي وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به فكان كالاعتاق بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به وله انه تلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه غير انه سقط اي استقر الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا كالقتل فلا يرجع ولا معتبر بكونه مقصودا بالشراء لانه وصف طردي لا اثر له في اثبات الرجوع الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المصنف قول ابي حنيفة استحسانا مع تاخيره وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفة في كون الفتوى على قولهما واورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما اجيب بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله وهنا كذلك فانه امتنع بفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة اما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا او مصبوغا بغير السواد ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه



لا يضره التبعيض قوله فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما اكل لان الطعام كشيء واحد حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله ليسقط الخيار فصار كما لو باع بعضه ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع في غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية انه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما اخذه ويرجع بالنقصان فيما اكل كذا ذكر المص وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول ابي يوسف رح قال يرجع بالنقصان في الكل الا ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن والثاني قول محمد قال وكان الفقيه ابو جعفر يفتي بقول محمد رح وهو اختيار الفقيه ابي الليث وفي شرح المجمع قال ابو يوسف يرد ما بقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جمع النجاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى ولو اطعمه ابنه الصغير او الكبير او امراته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع بشيء ولو اطعمه عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه فظهر به عيب رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فاكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش لانه كالرضا به قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر وعبده قوله ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا او قرعا او فاكهة فكسره غير عالم بالعيب فوجده فاسدا فان لم ينتفع به كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب لا يرده ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره بان كان في موضع يعز الحطب وهو مما يشترى للوقود على ما قيل من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله لان مالية الجوز قبل الكسر ليس الا باعتبار اللب واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا اختاره المص واشار اليه الامام السرخسي وان كان ينتفع به مع فساده بان يأكله الفقراء او يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا ان يتناول شيئا منه بعد العلم فلا يرجع بشيء ولذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء واما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشائخ في شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر والمح جميعا وقول المص وقال الشافعي رح يرده يعني اذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به اطلقه وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فلا رد في الصحيح من قوليه انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكانه كسره بنفسه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على انه لا يرده وفي مسئلة القطع ان تسليطه هذا هدر وان التسليط المعتبر هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه اي ملك البائع بان امره بكسره فذاك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر واما البيع فتسليط للمشتري على ان يكسره في ملك نفسه ولا اثر لهذا في نفي ولا اثبات ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا

جاز البيع استحسانا لان كثيرا من الجوز والبيض لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء اصلا وفي القياس يفسد وهو
ظاهر وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه
ضرورة ظاهرة وقال المص في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية اراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة في
المائة من الجوز عفوا قال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في
الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة رح لانه يصير كالجمع
عن الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة

**قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه
لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه
انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد
والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان
كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما** قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي بسبب اقراره بالعيب انه كان عنده ووجد
عند المشتري منه وهو المشتري الآخر او بينة على ذلك لانكاره العيب او بسبب نكوله عن اليمين على العيب فله ان يرده على بائعه الاول يعني له ان يخاصم
الاول وقيل ما يجب معه الى ان يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول اما اذا اقام البينة ان العيب كان
عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول ان يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا
فيما اقر به ولم يوجد ههنا قضاء على خلاف ما اقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد وهذا وانما يرده على هذا التقدير لان الرد بهذا الطريق
فسخ من الاصل يعني من كل وجه فجعل البيع كان لم يكن وقد اطلع على عيب فله ان يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يتخايل مانعا وهو ان القضاء بالبينة
والنكول فرع انكاره العيب فمخاصمته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر رح انه لا يرده عليه للتناقض المذكور وكذا بالاقرار
فان معناه على ما فسره المص ان يدعي عليه انه اقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ولهذا لو قال
بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الاول بالاتفاق اجاب المص عنه بقوله لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء فانعدم انكاره العيب هذا بعد تسليم
ان انكاره ظاهر في الصدق ولا يجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهر المعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه
ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب فيه بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال
تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مواخذا في حق نفسه بزعمه وسببه الدافع لخصومته للبائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل
متصل بقوله له ان يرده لان المعنى له ان يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء ببينة او باباء يمين او باقرار من
المامور بالعيب بالبيع كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعذر البيع حتى يكون البيع
الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وههنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيد فخر الاسلام
بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين ولا يرده المامور
مع الاقرار لان اقرار المامور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراطه البينة او النكول او الاقرار والفرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي
ان هذا عيب قديم اولا او علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او غيرها من الحجج
ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي ح ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى



شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بذل عنده
اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره وما اقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله اجيب بانه ليس حقيقة بل جار مجراه الا يرى
انه لو ادعى بمال على عبد ماذون له بالتجارة فانكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع ان بذله المال لا يجوز الا في حق نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل
عن اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشيء اذا اجري مجرى الشيء لا يلزم كونه
مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند ابي يوسف رح لا وعند محمد رح نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف
لو ادعى دارا في يد رجل فانكر فنكل فقضى القاضي للمدعي بها ثم اقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته ويرد الدار عليه
ولو اقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد رح في رواية ابن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وابو يوسف رح يقول ليس بصريح
الاقرار فتقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عقد جديد في
حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني الفسخ الذي بلا قضاء وقوله وان قبله يعني المشتري الاول بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بائعه
هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا او غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له ان يرده على
البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضي ليس له ان يرده عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كان المشتري
الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له ان يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا وبهذا لو كان
على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب في التراضي تجدد للشفيع حق الشفعة فان المشتري الاول اشترى ثانيا
ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي رح يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده رفع العقد من اصله
نص عليه الشافعي رح فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان
قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب يكون راضيا بالحكم المسبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث
اجيب بان المسئلة فيما اقر بالعيب وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه
به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان
عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل لبطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع
امة الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه ابو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها
الابن فادعاه الاب والثالثة ما لو احال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من
الاصل لبطلت اجيب ببيان المراد وهو ان محمدا ذكر في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما
مضى الا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوته باعتبار ما مضى ولا يجعل
الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها
لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف
هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه اما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الرد انما
تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل بقي ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة و
كذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام
اقول القائل بالرد بقضاء فسخ وجعل العقد كان لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا

انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن لا يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي
قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود اما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها من المحيط في المنتقى ان من اشترى دينارا بدراهم
ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو ان المبيعين ح يكونان
معدومين لان العيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فانهما
موجودان في ذلك فاذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واذن ما فيهما من اطلاق المذكور بالنسبة الى موضع المسئلة غير
محتاج الى هذا القيد وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه
وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان
للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قوله وفي الجامع الصغير الخ انما ذكره لان ظاهره بخلاف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب
لا يحدث مثله وقيدها في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله
بطريق اولى لانه لما لم تمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائد والناقصة والسن الشاغية فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال
انه حدث عند المشتري اولى قال المص وفي بعض روايات البيوع اي بيوع الاصل ان كان فيما يحدث مثله يرجع يعني على البائع الاول اذا رده
بالتراضي للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعله لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد
لا يحدث مثله مطلقا او في مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا وثبت بالتراضي
فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى رد العين فاذ انقلاه الى
الرد لم يصح في حق غيرهما الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب فيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فافترقا هذا
كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه اما اذا كان قبل قبضه فللمشتري الاول ان يرده على البائع الاول سواء كان
بقضاء او بغير قضاء كما لو باع المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط الخيار له او حيث فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار
كان للمشتري الاول ان يرده مطلقا وعلمت ان الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفقه فيه ان قبل القبض لا امتناع
من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره في حق الكل ولهذا
لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى الا ان حقه في صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ فجاز
من هذا ان حق الفسخ بالعيب ما ثبت اصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل لغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وانما ظهر اثره
في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر اثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان
حقه في الفسخ ثبت اصلا لانهما يسلبان اللزوم في اصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقاله وولاية استيفاء الحق يثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف
على القضاء قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر
وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع
فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع
الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل
الزم العيب لانه حجة فيه قوله ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة على البائع ان
العيب كان عنده وعنده مقتضى هذا التركيب انه اذا اقام هذا البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقدر ظهير الدين للثاني جبرا كهذا لم يجبر على



دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقرير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه
يقتضي منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم بجواز ان ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع
احدى صورتي التحليف كما يثبت مع اقامة البينة وقيل ليقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان اعني الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع
الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعدمه بان يحلف فيحلف او يقيم البينة ومنهم من اول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه
البائع به فادعى هو عيبا لانه انكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه انكر تعين حقه لان حقه في السليم فلم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه
ووجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البائع بازاء تعين حق المشتري في المبيع ولم يتعين لانه السليم وقد انكره واورد عليه ان الموجب للجبر قائم والمانع
هو قياس العيب موهوم فلا يعارض المتحقق والجواب المنع قيام الموجب لان البيع للسليم او هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وايضا فقد يثبت
ما ادعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي ما امكن فلو ان المشتري قال شهودي بالشام مثلا فامهلني حتى
احضرهم او آتيك بكتاب حكمي من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضي بدفع الثمن ان حلف وان نكل رد المبيع وانما قلنا هنا
لان في الانتظار بالبائع كثير اضرار لان التأخير الى غاية غير معلومة تجري مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس
في الدفع كثير اضرار بالمشتري لانه على حجته اذ له ان يقيم البينة بعد حلفه على البائع ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودي حضور فان
الامهال ههنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضرهم الى ثلاثة ايام اجلها وليس هذا ما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا
عند ابي حنيفة رح لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية
حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله اعني ما اذا قال لي بينة غائبة او قال ليس لي بينة حاضرة ثم اتى
ببينة تقبل واما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة في ادب القاضي تقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد رح لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن
ابي يوسف رح وفي الخلاصة من رواية الحسن عن ابي حنيفة رح تقبل وفي جميع النسفي في قبول البينة عن اصحابنا روايتان نعم تحليف البائع في
مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف رح يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في
المصر فاحلفه ثم آتي بها لا يحلف في قوله خلافا لابي يوسف رح وقوله اما اذا نكل الزم العيب لانه يعني النكول حجة فيه اي في ثبوت العيب قيد به لان النكول
ليس حجة في كل شيء اذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رح قال ومن اشترى عبدا فادعى
اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله
ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق
عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه
بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع
قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع
ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما تعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشائخ
على قول ابي حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى تترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف
يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عنده ما يحلف
ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ
الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قوله ومن اشترى عبدا فادعى المشتري اباقا عنده وعند البائع فاراد تحليف البائع

على عدم الاباق عنده لا يحلف حتى تقيم المشترى البينة انه ابق عنده اى عند المشترى لانه ح تثبت العيب فتتجه الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول وان كان قوله اى قول البائع لكن لا يعتبر انكاره وانما يتوجه اليمين عليه الا بعد ثبوت قيام المدعى سببا للرد ومعرفته اى معرفة قيام العيب بالحجة عند انكاره وهذا في وصف نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما اما في عيب لا يتوقف رد على عوده عند المشترى كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلما عرف ان معنى المسئلة ان يدعى اباقا فينكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشترى وان انكر طولب المشترى بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما ابق عنده قط قال المص كذا قاله في الكتاب اى الجامع فان عبارته هكذا فاذا اقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط قالوا وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى به او بالله ما ابق عندك قط كل من هذه العبارات حسنة لقيت عبارتان محتملتان وهما ان يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب فكذلك نخاف لقد باعه وما به هذا العيب كان بارا في يمينه وبالعبارة وسلمه وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأول البائع في يمينه اى يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هى يمين غموس والاظهر مع الوفاء بالمقصود ان يحلف بالله ما ابق عندى قط ولو لم يجد المشترى بينة على وجود العيب عنده واراد تحليف البائع بالعلم انه ابق عند المشترى يحلف على قولهما واختلف المشائخ في قول ابى حنيفة هل يحلف او تحقق الخصومة او تحقق العجز عن الخصومة فعن القاضى ابى الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفى شرح الجامع الكبير للشيخ ابى المعين النسفى قال بعض مشائخنا منهم شيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابى حنيفة رح خلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فتيل لانه وان كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا الا ترى ان المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع انه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسى والاول اوجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال انه لم يفعل المعرفة عندى فيرجع الى الحلف على قول الغير واورد على الاول مسئلتان احدهما لو باع رجلان عبدا من اخر صفقة واحدة ثم مات احدهما فورثه البائع الاخر ثم ادعى المشترى عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفى نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع انه يدعى العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب احدهما فادعى المشترى عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علما بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندى ان يستشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على العلم وفى نصفه الاخر على البتات وهو واحد اعنى العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين او جهله كان الفياكذلك الا ان يكون معنى المسئلة ان العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات ما ابق عندى وعلى العلم ما علم انه ابق عند شريكى فليكن محملهما ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفى بذلك الا ان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن اقامته الا عند الذى مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم انا ما تطارحنا به ولم يابق عند البائع وابق عند المشترى وكان ابق عند اخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشترى ذلك واثبته يرد به لانه معيب والعقد اوجب على هذا البائع التسليم ولو لم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل كعيب يرد بتكرره وجه قوله على تقدير الخلاف وهو ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تتبع الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد



قيام العيب واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشترى يحلف ثانيا للرد على الوجه الذى قدمناه لانه بنكوله انزل مقرا بوجود العيب عند المشترى فتتوجه الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى اخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل ليفيد ان البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى اصلا في الحدود وكذا على انه وكيل او وارث ولا دعوى اصلا ففى دعوى غير صحيحة اولى وفى الكافى الاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها وهذا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة اخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فيها تنتهى خصومة لا تدفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ اخرى واما قوله فى الوجه الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب فى المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك ان القاضى يطلب جوابه عن ذلك الا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك رد عليه وان انكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشترى فعلى المشترى البينة فان عجز عنها حلف الى اخره او اعترف بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشترى وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بعد هذه غير انهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشترى من الرد ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فايدة الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب ما يكفى للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولدزنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين فى ان كلا منهما يستدعى جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على ان الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منها يستدعى الجواب فكما ان له ان يجيب هنا بانكار العيب عنده اصلا كذلك له ان يجيب بانكار الدين راسا بمعنى انه لم يثبت قط ثم كما ان عليه ان يثبت دخول العيب فى الوجود بالبينة او النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين فى الوجود كذلك واذا ثبت دخوله فى الوجود وطالبه برده اليه فكذلك فى العيب يطالبه برد الثمن ورده اى المبيع فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفى الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين اخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحق على امرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رح قال العبد الضعيف يعنى نفسه اذا كانت الدعوى فى اباق العبد الكبير يحلف البائع ما ابق عندى منذ بلغ مبلغ الرجال لانه عساه ابق عنده فى الصغر فقط ثم بلغ عند المشترى بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو الزمناه الحلف ما ابق عنده قط اضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشترى فيحلف كما ذكرنا وكذا فى كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة فى عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول فى الفراش والجنون والزنا وبقى اصناف اخرى كذا ذكرها قاضى خان هى مع ما ذكرناه تتمة اربعة انواع الاول ان يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله اصلا او من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية اى الزائدة فالقاضى فيها يقضى بالرد اذا طلب المشترى من غير تحليف للتيقن به فى يد البائع والمشترى الا ان يدعى البائع رضاه به او العلم به عند الشراء او الابراء منه فاذا ادعاه سأل المشترى فان اعترف امتنع الرد وان انكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع او ما رضى به ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد والثانى ان يدعى عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده ارده وكذا اذا انكره فاقام المشترى البينة او حلف البائع فنكل الا ان ادعى له الرضا فيعمل ما ذكرنا وان انكره عند المشترى يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفى والاثنان احوط فاذا قال به ذلك يخاصمه فى انه كان عنده الثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا انه اذا انكر قيامه فى الحال اراه النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا او قرناء ردت عليه

يقبلها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث يرد عند قول المرائيين هي قرناء بلا خصومة فى ان
ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما فى الاصبع الزائدة الا ان يدعى رضاه فعلى ما ذكرنا وفى شرح قاضى خان العيب اذا كان مشاهدا هو مما
لا يحدث يرد بالرد وان كان مما يحدث واختلف فى حدوثه فالبينة للمشترى لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو
اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع بعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع ولو
قال بعه فان لم يشتر رده على فعرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشترى للبائع انفقه فان لم يرج رده على فانفق فلم يرج رده استحسانا
ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع اره الخياط فانه قطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى بليت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع
بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفى القنية لو وجده معيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال بائعه لم لم تسكت عن
الخصومة مدة فقال لانظر انه يزول اولا فله رده كذا فى المجتبى قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع
بعتك هذه واخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى لان الاختلاف فى مقدار المقبوض فيكون
القول للقابض كما فى الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض لما بينا قوله ومن اشترى جارية او غيرها من
الاعيان وتقابضا فقبض البائع الثمن والمشترى الجارية فوجد بها المشترى عيبا فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك هذه
واخرى معها وانما تستحق على رد حصته هذه فقط لا كل الثمن وقال المشترى بعتنيها وحدها فاردد جميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول قول المشترى لان هذا
اختلاف فى مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض امينا كان او ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ فى المردود بالرد وذلك
مسقط للثمن عن المشترى والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشترى ينكر فالقول قوله وصار كالغصب اذا ادعى المغصوب
منه انه غصبه هذا مع اخرى وحدث فيه زيادة فانكر الغاصب فالقول قوله وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع بان اتفقا على ان المبيع جاريتان ثم قال
البائع قبضتهما وانما تستحق حصة هذه وقال المشترى لم اقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشترى لما بينا من ان القول قول القابض
قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون
تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا
اختلفوا فيه ويروى عن ابى يوسف رح انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع
وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده
خاصة خلافا لزفر رح هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردئ فاشبه ما قبل القبض
وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة فى خيار العيب وفى خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر
ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قوله ومن اشترى عبدين او ثوبين ونحوهما صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر الذى لم يقبض عيبا
فانه بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له ان ياخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن فى هذه الصورة لان الصفقة انما تتم بقبضهما
لانها انما تتم بقبض كل المبيع ولم يوجد فيكون رد احدهما وحده تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا اى كون رد احدهما بعد قبض احدهما فقط تفريقا للصفقة
قبل تمامها بناء على ان تفريقها قبل القبض كتفريقها فى نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بالف فقال قبلت فى هذا بخمسمائة وانما كان كذلك لان
القبض له شبه بالعقد لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه اعنى القبض مؤكد لما اثبته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول
اذا رجعوا يضمنون المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج مثلا ونحوه فالشهود بشهادتهم اكدوا الزموه وحققوه وما قيل فى تمامه وحكم المشبه
حكم المشبه به فان الصلوة للنار على النجاسة حرام ولو صلى وبين يديه نار او بقربه نجاسة كان مكروها ليس بمثله صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون



حكمه حكمه ولو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب فى غير المقبوض فلو وجد العيب فى المقبوض اختلفوا فيه يروى عن ابى يوسف انه يرده خاصة لان الصفقة
تامة فى المقبوض والصحيح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام وصار تمام
الصفقة كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول الحبس دون قبض جميعه حتى لو بقى من الثمن درهم كان له ان يمنع جميع المبيع عليه ولو قال
المشترى انا امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك فاما لو كان قبضهما اعنى العبدين ثم وجد باحدهما عيبا فان له ان يرده خاصة خلافا
لزفر هو يقول فيه اى فى رده وحده تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردئ لترويج الردئ وفى الزام المعيب
وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده فى تحقق المانع من رده وحده واشبه خيار الشرط والرؤية فى ان الصفقة لا تتم اذا كان
فيها احد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر فى المبسوط وغيره وقال القدورى فى التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة واحدة
فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب فى الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب
وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدورى على خلاف ما ذكر المص وشمس الائمة وهو محمول على
اختلاف الرواية عن زفر ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم فى خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط والتفريق بعد التمام
جائز شرعا بدليل انه لو استحق احدهما بعد القبض ليس له ان يرد الآخر بل يرجع بحصته المستحق على البائع مع انه تفرقت الصفقة على المشترى الضرر
الذى لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من ان الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا او شرط الخيار فى احدهما
لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراز احدهما دون الآخر فى الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن فى العادة كنعلين او خفين او مصراعى باب فوجد باحدهما
عيبا فانه يردهما او يمسكهما بالاجماع لانهما فى المعنى والمنفعة كشئ واحد والمعتبر هو المعنى وفى الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشائخنا
لو اشترى زوجى ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قال ومن
اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس
واحد فهو كشئ واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد وان كان فى وعائين
فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر قوله ومن اشترى شيئا مما يكال كالحنطة والتمر او يوزن كالسمن والزعفران
وغير ذلك فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده اذا كان الاطلاع على العيب بعد القبض اما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل
والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد فى انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة فى غير المكيل والموزون دونهما
وانما قلنا بعد القبض يرد الكل لان المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة والشعير وهو كشئ واحد فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق بآحاد حبات
القمح منفردة بل مجتمعة وكانت الآحاد المتعددة منها كالشئ الواحد ثوب او بساط ونحوه الا ترى انه يسمى المتعدد منه المجتمع باسم واحد كالكر والوسق
والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهما
شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا لا يوجب افراد احدهما عن الآخر عيبا حادثا فيه قيل هذا يعنى كونه يرد الكل اذا كان فى وعاء واحد اما اذا كان
فى وعائين كما اذا اشترى عدلى حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كذا ذكره فخر الاسلام قال لان تمييز المعيب
من غيره يوجب زيادة عيب فى المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون اخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشترى
بخلاف ما اذا كان فى وعائين لانفراد احدهما بعينه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه ابو الليث هذا التاويل يصح على قول محمد خاصة
واحدى الروايتين عن ابى يوسف لا على قول ابى حنيفة رح فانه روى الحسن بن زياد عن ابى حنيفة رح فى المجرد ان رجلا لو اشترى عدلا من
تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد ليس له ان يرد

بعضه دون بعض وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من سمن او سلتين من زعفران او حملين من القطن او الشعير وقبض الجميع له رده بعيب
خاصة الا ان يكون هذا والاخر سواء فاما ان يرده كله او يترك كله فقد رأيته كيف جعل التمر اجناسا مع ان الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق الذي
في نحو الحنطة فانها تكون سعيدية وبحيرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن للمعيبين فيتقيد اطلاق فخر الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بل
ذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها سجانية فيرد ذلك خاصة
اما اذا كان الاعدال من جنس واحد بان يكون كلها برنيا او سجانيا ادارانيا وعراقية فيرد الكل والعبرة كالعدل الواحد ان كثرة بجريان ما ذكرنا
من وجه منع رد المعيب وحده قوله فيها ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها
برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة
قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون
قوله ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه ان يرده لانه لا يضره التبعيض وروي عن ابي حنيفة رح ان له
رده دفعا لضرر مؤنة القسمة وجه الظاهر انه لا يضره التبعيض لا في القيمة ولا في المنفعة اما في القيمة فان المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب
والغرار واما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف غيره فانه ان كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فان المفصل من الثوب كالذراع اذا نودي
عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بسبب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانهما ان
شاءا اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تقوم بكيل عبدهما وغلامهما وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب
عن سوال هو انه ينبغي ان يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة على المشتري المستحق عليه فاجاب بان تفريق الصفقة انما
يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا
العاقد وقد تحقق لا برضا المالك يعني المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال المسلم بعد افتراق العاقدين بقي العقد صحيحا فعلم
ان تمام العقد يستدعي تمام رضى العاقد لا المالك وقوله هذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض
فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لان تمامها بعد الرضا بالقبض ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار لان التشقيص
في الثوب عيب والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل او بقائه شريكا لا يقال ينبغي ان يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده
عيب بالاستحقاق اجاب بقوله وقد كان الخ اي هذا العيب اعني عيب الشركة كان ثابتا وقت البيع وانما تاخر ظهوره والظهور فرع سابقة
الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد وكان صبرة
فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الا رد الكل ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا لان
ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان
ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف
محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرنا
يكون رضا قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او غير مرض فداواها او كانت دابة فركبها في حاجة اي حاجة نفسه وفي بعض
نسخ حاجة فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستبقاء بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك
الخيار للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجة مرة والاستخدام مرة مسقطا له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل
على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجة والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام



ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل
الرضا اما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصف الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يعرف فيها عن
كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي او بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل
ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعي رح يبطل والتقييد بحاجة لانه لو ركبها ليسقيها او يردها على بائعها او يشتري
لها علفا فليس برضا وله الرد لو مرض ذلك اما الركوب للرد فانه سبب الرد فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها وبها لا تنقاد او تتلف مالا في الطريق للناس
ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته الى ذلك فيهما لانها قد تكون صعبة فيقودها ليسقيها او يحمل
عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشي او يكون العلف في عدل واحد فلا يتمكن من حمله عليها الا اذا كان راكبا فتقييده بعدل
واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضي خان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انما لا تمنع
الرد مهما تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة
نفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فاما لو قال البائع ركبتها للسقي بلا حاجة لانها لا تنقاد وهي ذلول ينبغي ان يسمع قول المشتري
لان الظاهر ان المصوغ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تخيل اسباب الخوف
فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من ذلك الاسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها او لم يركبها فرع وجد بالدابة عيبا في السفر وهو
يخاف على حمله حملها عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان
يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد
في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل
وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في
يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى
الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب
وما ذكر من المسألة ممنوعة قوله ومن اشترى عبدا قد سرق عند البائع وعلى ما ذكرنا ما وقع في المطارحة لا فرق بين ان يسرق عند البائع او غيره ولم
يعلم المشتري به اي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسياتي فائدة هذا القيد فقطع عند المشتري فله ان يرده على بائعه ويأخذ الثمن
كله منه عند ابي حنيفة رح هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وبعض روايات المبسوط وفي جامع التمرتاشي وفي بعض روايات المبسوط يرجع
بنصف الثمن ووفق بما ذكر في المبسوط حيث قال وعند ابي حنيفة رح يرجع بنصف الثمن لان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي
نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده
عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف
الثمن منصرفا الى اختياره امساكه وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي لو قطعت يده بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضي بالعبد الاقطع ورجع بنصف
الثمن وان شاء ترك وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع
بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع ان يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن وح فلا يخفى ما في نقل المقتصر في جواب المسألة كالمصران لان يرده
يرجع بالكل وما في النقل في الحصر والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع ان يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس
واقرب ما يظن انها رواية عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية احسن فانه قال فله ان يرده ويأخذ الثمن فانما لا تمنع

ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الغرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو ما اذا امسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا يرجع بالنقصان ويمسكه وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع من قتل عمدا او ردة ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن خلافا وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف فالحاصل انه اي القتل والقطع اي ثبوته في العبد بمنزلة الاستحقاق ولو استحق كله رجع بالكل او نصفه كان بالخيار بين ان يرده الباقي ويرجع بالكل وبين ان يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا وعندهما ذلك بمنزلة العيب يعني في الحكم والا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن متقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته وكذا لو كان ولي القصاص يأبى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو ابى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بادميته لا بالمالية والاستحقاق باعتبار المالية فلا يجري استحقاق استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق في الكل والبعض انما يذهب المالية بالقتل وهو فعل انشاه المستوفي باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه تعلق بالمال المبيع وينتقض باخذ المستحق له لان فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان وصار كما اذا اشترى حاملا لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض فماتت عنده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع وله ان سبب وجوب القطع والقتل وجد في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله وصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كان قطع او قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه لعبد باجني عند الغاصب فقتل عند المالك بها او قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته او نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كانه المالية الا انه لا يظهر اثر ذلك الا حقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فبقي المالية فيصح البيع ونحوه واما اذا قتل فقد تم ح الاستحقاق وبطلت المالية وظهر اثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا وما ذكر من مسئلة موت الحامل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان ابو زيد وفخر الدين قاضي خان رح وما لم يذكر الخلاف في الكتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر من مسئلة في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واختصر المص عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسئلة الغصب لم يصح لان شرط صحته ان يردها كما اخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحبل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع او غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق في يد البائع فقطعت عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع اجيب



بان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه واما الثانية فلان البيع لما ورد على قطع البائع او الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فينقطع بيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع واما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المولم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد او ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا واما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط **ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع فينتصف** قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما اي بالسرقتين جميعا فعندهما يرجع بالنقصان اي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع وعند ابي حنيفة ليس له ان يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري والقطع بها كقولهما ولكن ان رضي البائع به كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به امسكه ورجع بربع الثمن لان اليد من الآدمي نصفه في حق الاتلاف وقد تلف بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن عليهما نصفين فيسقط ما اصاب المشتري فيرجع بالباقي ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة ارباع الثمن وبربعه ان امسكه بان لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا الا مع ان يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة **ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع** قوله ولو تداولته الايدي بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده ثم قطع عند الاخير بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة لان اجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين ان يرده ويرجع بالكل او يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن وعندهما يرجع الاخير الذي قطع في يده على بائعه بالنقصان ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب اما رجوع الاخير فلانه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع واما بائعه فانما لا يرجع على بائعه لانه بالبيع صار حابسا للمبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب او لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله في الكتاب اي الجامع الصغير ولم يعلم به يعني وقت البيع ولا وقت القبض يفيد على قولهما لانه عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط للرد والارش واما عنده ففيه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده او نفسه قال المص يعني شمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته او اباحة دمه وقت البيع او القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم به ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم به عملا بالشبهين وانظر فيه لبعضهم لان هذا عيب لا يوجب نقصان الثمن وكونه اجري مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه عيبا **قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في**

الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة قوله ومن باع
عبدا الخ ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له او غير معلوم ومن
كل عيب يحدث الى وقت القبض ايضا خلافا لمحمد رح في الحادث واجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث
بعد القبض في البراءة وللشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب اصلا وثالثها وهو الاصح ويروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان
عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي ان ابن عمر رض باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر رض
فترافعا الى عثمان رض فقال عثمان رض لابن عمر رض اتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تلبيس بخلاف
غير المعلوم واما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المص خلافه مطلقا وهو احد اقواله قال وهو بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا تصح فينصب الخلاف في المبنى فقال هو يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا لا يرتد بالرد حتى لو ابرأ من له الدين مديونه فرده المديون
لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر
لانه لا يدري ان البيع على اي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط
حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته او عتق عبيده ولا يدري كم هم ولا اعيانهم كان ورث عبيدا في غير بلده او زوجه وليه صغيرا
فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط
ويبطل جهالة الساقط لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك فاظهرنا اثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد
المقتضي وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة الملك فيه تمنع من التسليم فلا يترتب فائدة التصرف عليه اما الاسقاط
فان الساقط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة
انما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت واما عدم الصحة في قول ابرأت احدكما فلجهالة من له الحق كما لا يصح قوله لرجل علي
الف وصح لفلان علي شيء ويلزم بالتعيين على ان من المشائخ من اجازه والزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد
وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق من له الحق كما لم يصح قوله لا الرجل لا الله تبارك وتع وكذا لو اتفقا على الابطال لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث علي بن ابي طالب رض
حين بعثه صلى الله عليه وسلم ليصالح بني جذيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث اولا خالد بن الوليد رض فقتل منهم قتلا بعد ما اعتصموا بالسجود
فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي رض مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله
عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروي ان رجلين اختصما الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع
المسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرور والله اعلم ايهام خلاف الثابت
ومنه ولد الغرور للمغرور بحرية امراة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبه على ايهام العيوب وبقائه في
يده بها فلم يغره وقوله شرطا نافيا لمقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكيف السلامة مقتضاه ان
اريد العقد المطلق سلمناه او المقيد بشرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازه اتفاق ويدخل في هذه
البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث
وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة
وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث قوله ويدخل في هذه البراءة يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها هي



البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله في
قول ابي يوسف رح ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر والحسن بن زياد والشافعي و
مالك رح ورواية عن ابي يوسف رح لان البراءة تتناول الثابت فتنصرف الى الموجود عند العقد فقط ولابي يوسف رح ان الملاحظ هو المعنى والغرض
ومعلوم ان الغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشتري حقه من وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة
عن كل عيب يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله واورد انه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح
بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح عن ابي يوسف ادخال الحادث بالتخصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله اجيب بمنع الاجماع
بان في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لا
رواية عن ابي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب
الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا للتقرير عرضا وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث
بعد العقد او كان عنده لا اثر لهذا عند ابي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ
ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ لعيب حدث باطل فاذا ادعى باطلا يزيل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط
لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله فروع جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به او خص ضربا من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع
ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري عيب او موت فاطلع على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان
لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر ابو يوسف رح نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد رح للمشتري
فيرد بايهما شاء ولا يخفى ان هذا اذا لم يعين الشجة المتبرأ منها عند البيع بل ابرأه من شجة به او عيب ولو ابرأه من كل غائلة فهي السرقة والاباق
والفجور وكذا روي عن ابي يوسف ولو ابرأه عن كل داء فعن ابي حنيفة رح الداء في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال ابو يوسف
يتناول الكل وتقدم اول الباب ذلك في جمع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع نصف الكف عيب واحد
فلو قيل في الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل البرقع والرفوء ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرح تدخل ولات
القروح الدامية وفي المحيط ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال انا بريء من كل عيب الا الاباق فله
بريء من اباقه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاباق ولو قال انت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري
ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بآبق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يدفع
او يحط دينارا جاز ولو دفعه المشتري ليرد فلم يجز لانه ربا ولو زال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بدل او حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن
ملكه لا يرد ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت ملك العيوب لم يجز وحذف الحروف
او نقصها او النقط او الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يحط عشرة ويأخذ الاجنبي بادراء المحطوط ورضي الاجنبي بذلك
جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو متخرق وقال المشتري لا ادري تخرق عند القصار او عند البائع فاصطلحوا على
ان يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحوا على ان يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما
قيل هذا غلط وتاويله ان يضمن القصار للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك الى البائع وفي المجتبى ادخل المشتري القدوم في النار او حد المنشار
او حلب الشاة او البقرة لم يرد وسواء كان في المصراة او غيرها وفي المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك واحمد
وزفر ورواية عن ابي يوسف رح والمصراة شاة ونحوها شد ضرعها ليجتمع لبنها فيظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا بل يرجع بالنقصان

فى رواية الكرخى رحـ لا وفى رواية شرح الطحاوى يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اخترت هذه للفتوى كان حسنا الغرور المشترى بالتصرية ولو اغتر بقول البائع هى حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض او جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد رحـ وعند ابى يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجد بها عيبا ترد ها فى الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد +

## باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة انواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة باطل وهو بيع ما ليس بمال كالخمر والمدبر والمعدوم كالسمن فى اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق والموقوف حصره فى الخلاصة فى خمسة عشر بيع العبد والصبى المحجورين وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضى وبيع المرهون والمستاجر وما فى مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستاجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة او رد الرهن لو فارا وابراء لزمه ان يسلمه للمشترى وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشترى يتوقف على اجازة المشترى وقيل القبض فى المنقول لا ينعقد اصلا حتى لو تفاسخا لا ينعقد وفى العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابى حنيفة رحـ والبيع برقمه وبما باع فلان والمشترى لا يعلم موقوف على العلم فى المجلس وبيع فيه خيار المجلس ومثل بما يبيع الناس وبيع المالك المغصوب ذكر محمد ان اقر الغاصب او جحد وللمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير ليتم ما يتعلق بالمرهون والمستاجر والمغصوب ذكر انه اذا رجع الرهن والمستاجر الى الراهن والموجر بفسخا او بغيره تم البيع وكذا ان اجاز المرتهن فان لم يجز اطلب المشترى من الحاكم فسخ العقد فيفسخه وللمشترى الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد رحـ وعند ابى يوسف رحـ ان علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول ابى يوسف وليس للمستاجر حق فسخ البيع بلا خلاف وفى المرتهن خلاف المشائخ وليس للراهن والموجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه اخلف بدلا وروى بشر عن محمد رحـ وابن سماعة عن ابى يوسف رحـ انه يجوز ويقوم المشترى مقام المالك فى الدعوى وعن ابى حنيفة رحـ روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء كان البذر منه او لا فان اجاز فلا اجر له وفى النوازل فلو اجازه المزارع فكلا النصيبين للمشترى وكذا فى الكرم وان كانت الارض فارغة فى المزارعة ولم تظهر الثمار فى الكرم جاز البيع وبه اخذ المرغينانى ذكره فى المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التى لها شرعت العقود ليندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منها بالصحة واما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم وان افاد الملك وهو مقصود فى الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشترى من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد فى قوله باب البيع الفاسد وفى قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل فى الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على ان ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل باصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك ان يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضى انه يقال حقيقة على الباطل لكنه الذى يقتضيه كلام الفقه والاصول انه مباينة فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده اصلا فقابلوه به واعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وايضا فانه ماخوذ فى مفهومه او لازم انه مشروع باصله لا وصفه وفى الباطل غير مشروع باصله فبينهما تباين فان المشروع باصله وغير المشروع باصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع باصله لا بوصفه فى العرف لكن يجعله مجازا عرفيا فى الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوى ولذا وجه بعضهم الاعمية بانه يقال اللحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث لا ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا ادخل بعضهم ايضا فى البيع الفاسد لشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفساد بالمعنى الذى يعم الباطل يثبت باسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة فى المسمى او الثمن فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا

ای الموقوفین علی اجازة المولی والاب والوصی



بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا فى السلم او مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم او التسليم الا بضرر كجذع من سقف والغرر كضربة القانص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان فى صفقة كبيعه كذا على ان يبيعه كذا والاتباع مقصود كحبل الحبلة تدخل فى عدم الملك واما الاوصاف كالية شاة جبنة يرجع الى ما فى تسليمه ضرر اذ لا يمكن شرعا الا بذبحها وفى قطعها حيث عجز عن التسليم لانها تصير ميتة ويطل بيعها وكون المبيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو اقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعين فى بيع كبيع هذا القفيز حنطة او شعير مستدرك بدخول فى جهالة الثمن **واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر** قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول **البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه يكون امانة عند بعض المشائخ لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابى حنيفة رحـ والثانى قولهما كما فى بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا فى يد المشترى فيه وفيه خلاف الشافعى رحـ وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير** ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفى تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتريهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب فى الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر معتبرا لان مشترى الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبرا فى تملك الثوب لا فى حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا لفظ القدورى وقد ذكرنا انفا ان لفظ فاسد يراد به ما هو اعم من الباطل لان احد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة او تغليبا كما قيل بناء على ان العوض خاص بالمبيع لانه يراد به العوض ولا شك ان المبيع اذا كان محرما فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما كالميتة فهو باطل فلذا قال المصـ رحـ هذه فصول جمعها اى فى حكم واحد وهو الفساد والواقع ان فيها تفصيلا يعنى ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا اما نبين لك ان المعروف فى عرف فقهائنا التباين بين الفاسد والباطل فان الاعم لا ينفى عن الاخص قال فنقول البيع بالميتة والدم باطل لا فاسد باجماع علماء الامصار وكذا بالحر بان يجعل الميتة او الحر ثمنا للثوب مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد يعنى ممن له دين سماوى فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس واما البيع بالخمر والخنزير ففاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه اى كل من الخمر والخنزير مال عند البعض وهم اهل الذمة كما سيصرح به فى وجه الفرق حيث قال مال عند اهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المصـ يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية فى شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال فى بعض الاديان فاسدا وبما ليس مالا فى دين سماوى باطل وهذا اسهل واما الاشكال فى جعل حكمة الملك تلافيه

نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم قال اما بيع الخمر والخنزير يعني اذا جعلا مبيعا فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان
قوبل بعين كبيع المقايضة ففاسد والفرق ان الخمر مال في الجملة في شرع ثم امر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له
حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل لكون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والدم مبيعا اولى ومقتضى هذا ان
يبطل في المقايضة بطريق اولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كلا منهما ثمنا ايضا كما ان كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعة في كل منهما فاعتبر الخمر
ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن لا يرجع في هذا الى الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار
الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر ووجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين ان يدخل الباء على الثوب او الخمر في
جعل الثوب المبيع ووجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله تع ثلثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر
ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره معنى اعطى بي اعطى ذمته من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله
عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر الى ان قال وبائعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فاكلوا اثمانها وحديث ان الله
تع اذا حرم شيأ حرم ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف انفها اما المنخنقة والموقوذة فهي ان
كانت في حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المص في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي
يجوز بينهم عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد ره ووجه قول محمد ره ان احكامهم كاحكامنا شرعا الا بعد ما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير
فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن ابي حنيفة ره ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر ومنعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان
على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال عند
اهل الذمة فيجب ان البيع فاسد فكانت كالخمر **ثم الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه** اي في البيع الباطل يكون امانة
عند بعض المشائخ وهو ابو نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ره ان العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا يوجب
الضمان وعند البعض كشمس الائمة السرخسي وغيره يكون مضمونا بالمثل او القيمة وهو قول الائمة الثلثة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة ره والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهم في ام الولد والمدبر اذا بيعا فماتا عند المشتري لا يضمنهما عند
ابي حنيفة ره وعندهما يضمنها والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته
بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العقد فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك اولى ولمن ينصر المروي عنه من عدم
الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه
وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيل وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن اصلا لا يضمن وان
كان لعدم المبيع كما لو باعه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا **والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به**
اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه
على الصحيح وفي غير مجلس العقد بل يملكه سياتي تمام هذه المسائل في احكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في ان المملوك التصرف او العين ووجه
لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله وما فيه اي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلاف الشافعي ره وكذا مالك واحمد رح باعتبار
ان الفاسد هو عندهم الباطل وسيبينه المص في فصل احكام البيع الفاسد اي سيبين الوجه من الجانبين قال **وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب**

**فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في
الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك**



**كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف
الشافعي ره وقد ذكرناه في العتق**

قوله وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد وهذا لفظ القدوري قال المص معناه باطل لان استحقاق الحرية
بالعتق ثابت لكل منهم بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد اعتقها ولدها واقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على
وجه اللزوم وتصحيح التدبير شرعا وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانتفاء اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على
عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا للعتق في الحال والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة فلو ثبت
الملك للمشتري بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحديث اعتقها ولدها تقدم في حديث الاستيلاد واذا كان اقل
ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد فيه بالاجماع ولو رضي المكاتب ففيه روايتان والاظهر جواز بيعه وتنفسخ
الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه والمراد بالمدبر المدبر المطلق وتقدم خلاف الشافعي ره في جواز بيعه في كتاب العتاق
اما المقيد فجواز بيعه اتفاقي واستشكل حكم المص بان بيع المدبر واخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع
مدبر او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشتريها حصته من الثمن المسمى واجيب بان المراد من قوله باطل
انه لا يملك بالقبض كما لا يملك الحر فكان مثله فلو قال فاسد ظن انهم يملكون واما ملك القن المضموم اليهم فلدخولهم في البيع لصلاحيتهم لذلك
لدليل جواز بيع المدبر عن نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف ره في اصح الروايتين وهذا الجواب
ربما يوهم انه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق انه لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه وجاز ان يختلف
افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه اذا كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان
كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تاويله بالباطل
قلنا نحن لم نقل حكم الباطل لانه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتحد اللازم على تقدير تاويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان
لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان بعض ما هو مبيع بيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر واصل السوال فاسد لانه مغالطة
لان قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا
كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وح فعدم الاستلزام ظاهر قال وان ماتت ام الولد او المدبر

**في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ره وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا
عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب
لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما
لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما
فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا**

قوله وان ماتت ام
الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ره وقالا عليه قيمتهما للبائع وقولهما هذا رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر
اما ام الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بالضمن الصبي الحر اذا غصب و
معناه انه اذا نقلها الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فماتت بنهش حية او افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه اما المدبر
فيضمن في البيع والغصب على رواية ما هذه لهما في ضمان المدبر وام الولد انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه بالقبض كسائر الاموال

المقبوض على سوم الشراء وهذا اي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتمليكه فاذا قبض لوجود وقوع العقد عليه وهو فيما اذا صح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه لانه حر يدا فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين اعني التي يبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه احسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذ اصلح له وهو صالح بل انصبابه ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان انه يدخل تحت البيع واما كونه مقبوضا فيفرض وقوعه حسا واما تفسير المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض للمشتري بعد القبض ان اتفقا فلو صح لزم ان لا يضمنها لانهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض ان وافقا بل قبضا بعد الموافقة واتمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض اعم من ذلك وهو ما صدقات المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والا لصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته اي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك يتصور هنا مع اعتبار جهته فيبقى مجرد قبض باذن المالك فلو اوجبناه كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولهما في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب نفاذا بكمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهما صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح اصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وام الولد والمدبر فاعلم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم كل ذلك في العتاق قال ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء بيع السمك في البحر او النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما ان يكون اعدها لذلك او لا فان كان اعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لاحد ان يأخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في جب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن اعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا ان تسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكن اخذه ثم ارسله في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم او بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال ابو يوسف رح في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الآجام اقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب رض قال لا تبايعوا السمك في الماء فانه غرر واخرج مثله عن ابن مسعود رض ومعلوم ان الاجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر فروع من مسائل التتمة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد اخذه وان لم يتخذها له فهو لمن اخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها للجفاف فتعلق بها لا يملكه وهو لمن يأخذه الا ان يأتي فيحوزه ومثله اذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك فلاحد ان يسبق فيأخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيأ مكانا للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض رح وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال اهل سكة يرمون في



ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيأ رب المكان له او لا اما النحل اذا عسل في ارض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا باعداد المكان لذلك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم قوله ولا بيع الطير في الهواء لانه قبل اخذه غير مملوك وبعد اخذه وارساله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لان العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر التمرتاشي لو باع طيرا يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوى قاضي خان وان باع طيرا له يطير ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المص فيما يأتي والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم يوافقه ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي صلعم عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قوله ولا بيع الحمل ليكون المبيع ما في البطن من الجنين ولا النتاج لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطا عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا في الحيوان وانما نهي عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر يعني ان لا تلد تلك الناقة او تموت قبل ذلك واما باللفظ الذي ذكره المص عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين في الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون من تحت الناقة وولدها ملقوح به الا انهم استعملوه بلا باء يقال ضمن الشيء اي تضمنه قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قوله ولا اللبن يجوز بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف للغرر فلعله انتفاخ وبه قال الشافعي واحمد واجازه مالك رح اياما معلومة اذا عرف قدر حلابها وتكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر ولانه يتنازع في كيفية الحلب في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الاسباب الا لقطعه فبطل قول مالك رح لذلك ولجواز ان يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان لانه يقوم به او لانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا ينفرد بالبيع ولانه ينبت من اسفل ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره بحيث يتعذر التمييز بخلاف القوائم اي قوائم الخلاف لانها تزيد من اعلاها وتعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير اسفل ويرتفع عنها ساس القائمة ويرتفع غيرها ما يزيد من اسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان نموه من اعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على ان يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من اجازها للتعامل بخلاف القصيل لانه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما في الارض قال المص وقد صح انه صلى الله عليه وسلم نهى الخ وذلك ان الطبراني قال ثنا عثمان بن عمر الضبي قال ثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمرو بن فروخ ثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع واخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمرو بن فروخ قال الدارقطني وارسله وكيع عن عمرو بن فروخ ولم يذكر عن ابن عباس رض وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمرو بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق

عمرو بن فروخ عن ائمة الشان كابي داود وابن معين وابن حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه ابو داود في مراسيله من عكرمة عن النبي
صلى الله عليه وسلم ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلوة والسلام انه نهى ان يباع لبن في ضرع اوسمن في لبن ورواه الدار
قطني في سننه عن وكيع عن عمرو بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن ابي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن
عباس رض في مراسيل ابي داود وكذا رواه الشافعي رح قال اخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة بن سليمان بن يسار عن ابن عباس رض انه كان ينهى عن بيع
اللبن في ضروع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك ان كلما بيع في غلافه لايجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية اوشحمها اواليتها او اكارعها او
جلودها او دقيقا في هذه الحنطة اوسمنا في هذه اللبن ونحو ذلك من الاشياء التي في علفها لايمكن علفها لايمكن اخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في
قشرها استثنى من ذلك بما اسلفناه والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا
القطع اولم يذكراه لانه لايمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لاضرر في تبعيضه قوله وجذع من
سقف بالجر يعني لايجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب اي ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص اما مالايضره القطع كالكرباس فيجوز وقول
الطحاوي في اجر من حائط وذراع من كرباس او ديباج لايجوز ممنوع في الكرباس او محمول على كرباس يتعيب به اما مالايتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز
من صبرة وكذا لايجوز بيع حلية من سيف اونصف ذرع لم يدرك لانه لايمكن تسليمه الا بالقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك
من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك داورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه اجيب بانه التزم العقد ولاضرر فيه
ولايخفى ما فيه وقول فخر الاسلام ان رضي فله ان يرجع فيبطل البيع الا ان يقطعه او يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لايمكنه
مع الملزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر واما ايراد المحاباة فدفع بانه ليس فيها استهلاك مال نعم يرد بيع الجناب التي لاتخرج الا بقلع الابواب على
قول من اجاز والبعض قد منعه واجيب بان التعيب الجدران دون الجناب وهذا يفيد ان المنظور اليه في المنع تعيب البيع والكلام السابق يفيد انه
تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لابد من سمح حاكم بمنع هذا اوما يحق هذا به وهو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن
بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن اتفاقا ان المنع اذا كان لايسلم المبيع الا بتعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر تسليم الثمن واظهر من هذا ثبوت
الاجماع على عدم جواز بيع اطراف الحيوان كيف شاء والبتها ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع من ذبح الشاة فخرج بيع
الجناب التي يحتاج في تسليمها الى هدم اكناف الابواب على من تصحيح بيعها ولو لم يكن معينا لايجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع
الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لايكون صحيحا
وان شقها واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قوله ولو لم يكن معينا يعني الجذع والذراع لايجوز لما ذكرنا
من لزوم الضرر وللجهالة ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا
لزوال المفسد قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لايجوز وقوله بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ وكسرها وسلم البذر والنوى قبل الفسخ لايعود صحيحا
لان الفساد للغرر اذ في وجودها احتمال وكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ
وقع التسليم في بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالعقد رتيبا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى
قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعلوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي بلا
المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع عن ايراد العقد الصحيح ليس وجود البيع الصحيح ونوقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة ميتة
او كرشها وسواد بطنها فذبحها واعطاه ذلك حيث لاينقلب جائزا مع انه تحمل الضرر بالذبح اجيب بان المنع هناك لعلة اخرى غير لزوم الضرر في
التسليم هو كونه متصلا متضمنا له خلقة والنص يمنعه وهو النهي عن الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لااثر لذلك فيما فيه الكلام



وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قيل يتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع في السقف سواء قال
وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قوله وضربة القانص بالرفع والجر على
قياس ما تقدم وهو الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الازهري نهى عن ضربة
الغائص هو الغواص يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع في المبيع فيما يقع له قبل العقد
فكان غررا وللجهالة بما يخرج قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عم نهى عن المزابنة والمحاقلة
فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين
على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عم نهى عن المزابنة ورخص في
العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى
بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قوله وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه
السلام نهى عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر ان المزابنة بيع
الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا واخرج البخاري عن انس قال نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة وقيل المص بمثل كيله خرصا الخرص الحزر وكذا العنب بالزبيب لايجوز ومعنى النهي
انه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي رح تجوز المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا فيما دون خمسة اوسق
لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين ايضا عن ابن عمر رض عن زيد بن ثابت رخص عم
في بيع العرايا ان تباع بخرصها وفي لفظ رخص في العرية ان ياخذ بمثل خرصها تمرا ياكلها رطبا ووافق الشافعي واحمد في ذلك لانه لم يبحها الا للضرورة
قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها اهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحتها ولكنهم تنازعوا في تاويلها فقال قوم العرايا
ان تكون له النخلة او النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا باهليهم الى حوائطهم فيجي صاحب النخلة او
النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير ان يعطيه خرص ماله من ذلك التمر لينصرف هو واهله عنه وروى
هذا عن مالك قال الطحاوي وكان ابو حنيفة يقول فيما سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع من محمد بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال معنى
ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي وهذا
التاويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية الا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا
في السنين الجوائح اي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح اي يهبون ولو كانت كما قال مالك لما كانوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون الحق ان
قول مالك قول ابي حنيفة رض هكذا حكاه عنه محققو مذهبه واستدل عليه بان العرية مشهورة بين اهل المدينة متداولة بينهم كذلك تم على قولهم تكون العرية
معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص ما دون خمسة اوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة ان يخرج من
اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا هو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد الذي ثلث النفاق نقل عن
عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتي من فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا القى الله بثلث النفاق وجعله
تلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلث ان حدث كذب وان وعد اخلف وان ائتمن خان واما ما ذكر من تاويل العرية الامام
موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان الرطب ياتي ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا ياكلون وعندهم فضول من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرية بخرصها من التمر ياكلونه

وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شئ من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي مخرج الحديث ولم اجد له سندا بعد التفحص البالغ ولكن الشافعي رح ذكره في كتابه في باب الربا من غير اسناد قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة الى قوله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الخ في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة رواه مسلم اما الملامسة فان يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تامل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان تكون مثلا في ظلمة ويكون مطويا تريا يتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على انه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة ان ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر ان يلقي حصاة وثمة اثواب فاي ثوب وقع عليه كان هو المبيع بلا تامل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ولا بد ان يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين المبيع معيبا فاذا تراوضا القاه اليه البائع لزم المشتري فليس له ان يقبل او غير معين كما ذكرناه ومعنى النهي كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك او بعتكه بكذا او اذا نبذته او لمسته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يطلب البيع ويتراوض فيه حال من مراوضة اخيه فيه لانه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت النهي انما فانه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يكون على هذا الوجه وهو ان يقول بعتك واحدا منهما على انك بالخيار تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكره بفروعها في خيار الشرط قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى قوله ولا يجوز بيع المراعي ثم فسرها بالكلأ ونفى ان يراد مكان الرعي فانه جائز ولا اجارتها اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه اشتراك اباحة لا ملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ تمليكه بدونه بالحديث الذي رواه ابوداؤد في سننه في البيوع عن جرير بن عثمان عن ابي خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رض قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا اسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار ورواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسند ابن عدي في الكامل عن احمد وابن معين انهما قالا في جرير ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلأ ان له احتشاشه وان كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع من الدخول في ارضه واذا منع فلغيره ان يقول ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني اليه او تحشه او تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما ان ياذن للمالك في دخوله لياخذه واما ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر ان هذا اذا نبت بنفسه اما لو كان سقى الارض واعدها للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف ابي حنيفة وزفر نبت الكلأ بانباته جاز بيعه وكذا لو حدق حول ارضه وهياها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كماة في ارضه قبل ان يقلعها ولا ثمار وقال القدوري لا يجوز بيع الكلأ



في ارضه وان ساق الماء الى ارضه وحقيقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا ان على هذا القائل ان يقول ينبغي ان حافر البير يملك بناها ويكون تكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فلم يبح المستقى فان لم يكن في ارض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس بكلأ وكان الفضلي يقول هو الصحيح كلا وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الاكلأ واما الاجارة فلانها لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا ملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استيجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا اما الابتداء فلا وكذا لو استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا اولى لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل لبن الآدمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه والحيلة في ذلك ان يستاجر الارض ليضرب فيها فسطاطه او يجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح قوله ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي لانه منتفع به حقيقة وشرعا مقدور التسليم اذا كان محرزا فيجوز بيعه واذا كان لا يؤكل كالبغل والحمار يجوز بيعهما وان لم يؤكل للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما ولابي حنيفة وابي يوسف رح انه من الهوام فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا لانه هو في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به وانما الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه بخلاف الجحش لانه ينتفع به في ثاني الحال فقبل الحدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيبا لم يردها اشارة الى ان النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعا للكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكر الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف رح والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو مسيل النحل اذا سوي من طين وفي التهذيب كوارة النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الزهين بالضم ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف رح مع ابي حنيفة رح كما في دود القز قوله ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له واجاز بيع بذر القز الذي يكون منه الدود وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به واجاز السلم فيه كيلا اذا كان في وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو ان المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه رح والوجه قول محمد رح للعادة والضرورة وقد ضمن محمد رح متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعها قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى ان محمدا انما سبب اصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وابو حنيفة رح كذلك في قوله بعدمه واما ابو يوسف رح فيجب ان يقول مثله في النحل بما قدمناه في النحل عن الكرخي من جوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق ح وعلى هذا يجب ان لا يختلف ابو حنيفة رح مع ابي يوسف رح في دود القز بل يقولان معا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد ابي حنيفة رح في هذه وقران ابي يوسف رح معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعضاية والقنافذ والجعل والضب فلا يجوز بيع شئ من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك قال محمد رح اذا كان الدود ورق التوت من واحد والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين او اقل

او اكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منها وهو منهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحبة البزر لانه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الاوراق واجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجرة مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم قوله والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها اما اذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها واما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم وتجويز كونها لا يعود او عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض فانه لا يمنع جواز البيع ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في بر فانه يجوز وان جاز ان لا يعود ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عند اخذه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة ره انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد بقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا يروى عن محمد ره قوله ولا يجوز بيع الآبق الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة ويجوز عتقه غير انه اذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير او اليتيم في حجره بخلاف البيع لانه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد يبلغ لقبض الهبة ولا يبلغ لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهنا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكيف تلك اليد له نظرا للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن ذكر انه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا اجاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه اشهد انه يقبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل ان يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع وان عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخلل قبل التسليم او باع طيرا في الهواء ثم اخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد ان البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية اخرى عن محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق واذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي البيع وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشائخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه او المشتري من قبوله اجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع وتخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع فاسد فالحق ان اختلاف الرواية والمشائخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي كون عدم القدرة على التسليم مفسدا لا مبطلا وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان اخذه ثم ارسله



فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما اذا اخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا فبالضرورة ان من قال بالجواز قائل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مملوكا مقدور التسليم ان عنى محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبائع او غيره فان كان له فنافذ او لغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم وليس فيه شرط فاسد والا ففاسد واما حديث النهي عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه اخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال ثنا جعفر بن الحارث او الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجة بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري يرفعه الا انه قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص وشهر مختلف فيه وقال ابو حاتم ان ابن محمد ره ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع ايضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على ان هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي ره يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف ره انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن قوله ولا بيع لبن امرأة في قدح هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله الا عين القدحية فليس قيدا بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كيلا يظن ان امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره وعلى سائر احواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك واحمد وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمدة وبعضهم اجازه اذا عرف دواء عند البرء ونقول هو جزء الآدمي وهو مكرم مصون عن الاستبذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة وبين الامة وعن ابي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا الجواز يتبع المالية ولا مالية للانسان الا ما كان محلا للرق وهو الحي ولا حياة في اللبن ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه فلا بد من الحلول محلها وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل اجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف اجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبتت سن قلعت لا ضمان الا ما استوفي بالوطي فانه مضمون وان لم ينقص شيئا تغليظا لامر البضع فجعل ما يستوفي بالوطي في حكم النفس بخلاف من جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعة بيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس الا لمنفعة اخرى كشراء الامة المجوسية لعدم اشتهار حرمة وطئها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبير هذا وقد اسند الفقيه ابو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن يهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم يجز اجارة الظئر الا ترى ان رجلا لو استاجر بقرة على ان يشرب لبنها لم يجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال اما المص فانما علل المنع بان الآدمي مكرم بجميع اجزائه فلا يستبذل بالبيع وسياتي باقيه قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف ره وعند محمد ره لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ره ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها

قوله ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له واورد عليه انه جعل البيع هنا في لبن المرأة انه [illegible] من جواز البيع للزوم الاكرام [illegible]

في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهنا تناقض الجواب ان الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى
آخر اكرام مثلا لو امر السلطان بعض سائس الدواب ان يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو امر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له
فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا متبعا بلا يبدل معز كالدراهم والثياب كان غاية اكرامه والآدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه
وابتذاله به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المص بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول على التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجود
مباح الاصل فلا تنافي ثم يجوز الانتفاع به للغير فان الخرازين لا يتاتى لهم ذلك العمل بدونه وهو يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه فلم يكن بيعه في محل الضرورة
حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه ابو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل ايضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز بل يمكن ان
يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى ابو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتاتى بدونه
كما ذكرنا الا ان يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز ان يلزم العموم حرجا مثله ثم قال ابو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسده وعند محمد لا ينجس
به لان حل الانتفاع به دليل طهارته والصحيح قول ابي يوسف لان حكم الضرورة لا تتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض
المواضع من جواز صلوة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ينبغي ان تخرج على القول بطهارته في حقهم اما على قول ابي يوسف فلا
وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار **ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا**
**الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة**
**والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن** قوله ولا يجوز بيع شعر الانسان مع قولنا
بطهارته ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا ومبتذلا وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى
الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة
المعمول بها باذنها ورضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل للانتفاع به الا ترى الى انه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون
النساء للتكثير فظهر ان اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة ولا لمنع القراميل ولا شك ان الزينة حلال بقال تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده
فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء ايضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة ايضا والنامصة هي التي تنتف الحاجب لترقه
والمتنمصة التي تفعل بها ذلك **قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب هو**
**اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في**
**كتاب الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا**
**يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل** قوله ولا بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من
الميتة باهاب وتقدم في الصلوة تخريجه وتقريره ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليس الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي
ان يجوز بيعها كالثوب النجس اجيب بان النجس فيها باعتبار اصل الخلقة فما لم يزائله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن
النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا تتغير به حكم الثوب بما فيه وهذا السوال ليس في تقرير المص ما يرد عليه او لا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع
الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي ان يعلل بها بطلان بيع اصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهو عدم
المالية فان بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا واما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع ح شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت
شرعا على خلاف مالك في طهارة جلد الميتة بالدباغة وتقدم في الصلوة ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها ووبرها وريشها ومنقارها
وظلفها وحافرها فان هذه الاشياء طاهرة لا يحلها الحيوة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلوة **والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة**



**السباع حتى يباع عظمه وينتفع به** قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد فيكون في حكمه عند ابي حنيفة وابي يوسف هو على ان سائر السباع نجس السور
واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة
سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره ادركت ناسا
من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون به باسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا باس بتجارة العاج وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة منع بيع
القرد وروى الحسن عنه انه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء **قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده**
**فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث**
**يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله**
**قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب** قوله واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه
لم يجز لان المبيع ح ليس الا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق
بالهوى والهوى لا يباع والمبيع لا بد ان يكون احدهما وقول المص والمال هو المحل للبيع تساهل او تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال بخلاف الشرب
حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع ارضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف
المشائخ والصحيح انه لا يجوز واما بيعه منفردا كبيع الشرب يوما او يومين حتى تزداد نوبته فجوزه مشائخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان اهل
بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم بالضرورة والاستصناع للتعامل ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف
وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب فانه قال فيه ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب
بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما
في مقدار الثمن وقيل لو باع ارضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب واما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقي ارضه بشرب غيره فهو
رواية البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم اتلفه ولا يضمن قبل الجمع وح فالالزام به من رد المختلف فيه الى المختلف
فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان اشهد به لآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف
الا بهذه الصورة لانه لو ضمن لغيره فاما بالسقي او بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني
لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حظ من الماء فهو عين او شئ يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان
عينا ينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء واجيب بانه انما جوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير انه حظ من الماء فهو
مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشائخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل اهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك
تعامل اهل البلاد ليصير اجماعا فالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فحاجة
بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس فرع باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع
قبل القبض **قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل** والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور
والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى
قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق
المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور
وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى

وهو الارض فاشبه الاعيان قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المص المسئلة تحتمل وجهين ان يكون المراد بيع رقبة الطريق والمسيل وان
يكون المراد بيع حق المرور الذي هو التطرق والتسييل فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل اى مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما ان الطريق
معلوم لان له طولا وعرضا معلوما فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله
في السكة النافذة واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله الماء ومن ههنا عرف ان المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل اما لو بين حد ما يسيل
فيه الماء او باع الارض المسيل من نهر او غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد ان تبين حدوده وان كان المراد الثاني وهو مجرد حق المرور والتسييل ففي
بيع حق المرور مجردا روايتان على رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له
منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي الثمن الطريق
وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير
في الانتفاع انتهى فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشائخ واتفقت الروايات على ان بيع حق التسييل لا يجوز فوجه الفرق
على احداهما وهي وجه الفرق بين حق المرور وحق التسييل على الرواية المجيزة للبيع حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل فان كان على السطح
فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات ومن وجه فساده وهو انه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي
بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرا اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو ان يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض لغيره
فاعلى حكمها فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء فبقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى
الفرق بانه علل المنع في حق التعلي بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منها بيع الحق لا بيع العين هو ان حق المرور
حق يتعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين اما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال واما فرق المص بان حق
التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا يبقى فاشبه المنافع بخلاف الارض فليس بذلك لان المبيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان
اشبه المنافع والاصح الفقيه ابو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور قال ومن باع
جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه
في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس
يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى
من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل
والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما قوله ومن اشترى الخ اذا اشترى هذه الجارية بالف فظهرت
غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه واشباهها تبتني على الاصل الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسمية واشارة الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية
حيث اشار الى ذات وسماها جارية فان كان المسمى مع المشار اليه جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة
لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل باشباهها
تلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه ابلغ ثم يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى كذا ذكره المص وهو الظاهر من قول
محمد فانه غير منا بقوله لا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا ان اختلافهما بالصفة فاحش كان ايضا كاختلاف الجنس فيكون البيع
باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار
وقول المص والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد لا يريد ان الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد في خلافية من



في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فمن الجنسين كل ذكر مع انثى من بني آدم وان كانا متحدي الجنس المنطقي
وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد الحقا بمختلفيهما بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الآدمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار
ونقل القدوري عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بني آدم كالذكر والانثى من غيرها في الحكم بجواز البيع واجيب بالفرق بفحش اختلاف الاغراض
منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والامانة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام
فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا
بالنظر الى الذاتي وهذا قول المص وهو المعتبر في هذا دون الاصل يعني المعتبر في انهما جنسان او جنس واحد تفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا
فيكون من اختلاف الجنس او قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعني الذاتي ولذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد
اصلهما لفحش تفاوت الغرض منهما والوذاري والزندنيجي كذلك كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها واعجام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار
قرية من قرى سمرقند والزندنيجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف
القياس مع اتحاد اصلهما هكذا ذكر المص عن المشائخ وما ذكر لابي حنيفة رح في باب المهر يقتضي انه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه ان يعتبر الخل
مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر صح
ويخير كما اذا باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المص وان كانت صناعة الكتابة اشرف عند الناس من الخبز كان المص ممن لا يفرق
من المشائخ بين كون الصفة خيرا من الصفة التي عينت اولا في ثبوت الخيار كما اطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام
ظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها
لا بما ليس غرضا له الآن وكان مستند المفضلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بان الغرض
وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وامورها او التجارة وامورها بخلاف تعيين الخبز او الكتابة ونحوه وانه يفيد
ان حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع
بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن
غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد
ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك
بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قوله ومن باع جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم اشترى
باعها من البائع قبل نقد الثمن بمثل الثمن او اكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشتراه عبده او مكاتبه ولو اشترى ولده او
والده او زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه آخر هو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة احدهما للآخر
ولو اشترى وكيل البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم ان يوكل ذميا بشراء خمر وبيعها
عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية
عنهم وعن ابي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل او وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب شبهة وبه يختلف
المسببات وبقولنا قال مالك واحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل وكذا لو باعه بعرض قيمته اقل من الثمن وقال الشافعي
يجوز كيف ما كان كما لو باعه من غير البائع باقل من الثمن او منه بمثل الثمن الاول او اكثر او بعرض قيمته اقل من الثمن يجامع قيام الملك

نه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييده بالعرض دون ان يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته اقل لانه لو باعه بذهب قيمته اقل من الدراهم
الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسه على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم ووجه الاستحسان انهما جنس واحد
من حيث كونهما ثمنا حتى وجب ضم احدهما الى الآخر في الزكوة فيبطل البيع احتياطا والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب
ان مقتضى الوجه ذلك ولكن نفي التفاضل عند بيع احدهما بالآخر اجماع ولنا قول عائشة رض الخ ما نقله المص عن عائشة رض يفيد ان المرأة سمي اسمها
اعت زيدا بعد ان اشتريت منه وحصل الربح له لان شريت معناه بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه وهو رواية ابي حنيفة فانه روى في مسنده
عن ابي اسحق السبيعي عن امرأة ابي السفر ان امرأة قالت لعائشة رض ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة فقالت ابلغيه عني
ان الله ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ففي هذا ان زيدا هو الذي باع ثم اشترى وحصل الربح له ولكن رواية غير ابي حنيفة رح من ائمة
الحديث عكسه روى الامام احمد بن حنبل ثنا محمد بن جعفر ثنا شعبة عن ابي اسحق السبيعي عن امرأته انها دخلت على عائشة رض هي وام ولد زيد بن ارقم فقالت
ام ولد زيد لعائشة رض اني بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقدا فقالت ابلغي زيدا ان قد ابطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم الا ان تتوب بئس ما شريت وبئس ما اشتريت وهذا فيه ان الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن عبد الهادي في التنقيح هذا اسناد جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت
مثله عن عائشة رض وقول الدارقطني العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا ان عند ام المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان هذا محرم لم تستجز ان يقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدرك بالرأي والمراد بالعالية امرأة ابي اسحق السبيعي التي ذكر انها دخلت مع
ام الولد على عائشة رض قال ابن الجوزي قالوا العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقلها قلنا بل هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية
بنت ايفع بن شراحيل امرأة ابي اسحق السبيعي سمعت من عائشة رض وقولها بئس ما شريت اي بايعت قال تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه وانما ذمت العقد الاول
لانه وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال اخبرنا معمر والثوري عن ابي اسحق عن امرأته العالية
دخلت على عائشة رض في نسوة فسألتها امرأة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي
عليه ثمانمائة فقالت عائشة رض اي قولها الا ان يتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة رض ارأيت ان اخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه
موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان قول عائشة رض ورد لجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة رض كانت ترى جواز الاجل الى العطاء
ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه استربح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في
ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باع وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه
بمثل الثمن او اكثر فيبطل الحاق الشافعي رح ذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان
حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التي خرجت فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي
احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب او دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس
فيه وليس من فوات جزء من العين وكذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع
لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد اورد عليه تجويز كون انكار عائشة رض لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذ القبض لم يذكر في الحديث
قلنا لا يصح هذا لان ذمته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهر في كونها
لاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة ارأيت ان اخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل كان هذا من التوبة فتلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان
كان سوقها في القرآن من الربا وورد طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع امه مفردا لم يوجب الفساد فلم اوجبه هنا النهي اجيب بان النهي لما كان لامر يرجع
الى نفس المبيع اوجبه فان كان الامر خارجا لا والنهي فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع اثم فكره والبيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهنا



هو شبهة الربا وهو مخصوص بالبيع وشبهة الربا حكم حقيقته قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع
جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع
وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه اولانه باعتبار شبهة الربوا اولانه طارئ لانه يظهر بانقسام
الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع
ويبطل في الاخرى وهذه فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز ووجهه انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي
لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى وهي التي باعها باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها وهي التي ضمت اليها واورد عليه ان علة الفساد
في التي باعها ثم اشتراها لو كان اصابة حصتها اياها اقل من خمسمائة المستلزم لشرائها باقل مما باعها به لزم ان لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها و
اخرى معها بالف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما اكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع باقل نقد الثمن لكن ذكروا انه ايضا فاسد اجيب بان الفساد
في هذه لمعنى آخر وهو تكثير جهات الجواز وليس البعض في الحمل عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار واشباهها حيث [illegible] فيها التعيين جهة الجواز
على ما يجيء في كتاب الصرف وهذا لو صح لزم ان يمتنع ثبوت ما وجب له موجبات ثبت دفعة فيمتنع تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد في التي تعين
وما شيع قول قائل او اكثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق ان منهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر احد
الممكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكاوته فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لا يلي المجوز الذي وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فلم يبطل وحين فهم بعض الشارحين
ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكر انه الوجه وهو ان من الممكنات ان يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الالف خمسمائة اقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح
فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سياتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وشعير حيث يصح ويحرى للجواز اعتبار
الصحيح لتصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان مذهب ابي حنيفة رح ان البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المص بوجوه اولها
ان الفساد فيما بعت او لا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرناه من مذهب الشافعي رح فلم يسر الى الاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر لا يفسد
في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو اسلم قوهيا في قوهي ومروي فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروي كما لو اسلم حنطة في شعير
وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان افساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي رح والمخلص منه الا بتعيين
تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله لانه يجعل الشرط الفاسد في احدهما وهو شرط قبول العقد في الهروي شرطا لقبوله في المروي
ويفسد في المروي بالشرط الفاسد في الهروي باتحاد الجنس كذا اعترف به شمس الائمة بعد ان علل هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى
لشبهة الربوا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمومة فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة اولا
كان اعتبارا لشبهة الشبهة وهذا احسن من تقرير قاضي خان اعتبار الشبهة بان الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري
بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة ثالثها ان الفساد في الاول طارئ غير
مقارن وله وجهان احدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك نقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض
بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فيفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طارئ الآن لان الانقسام بعد وجوب الثمن فلا يتعدى الى الآخر والآخر بسبب المقاصة
فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضلا بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعها بالف ثم اشتراها بخمسمائة
قبل النقد فيقاص خمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد
الثاني فيفسد عندها فهو طارئ فلا يظهر في الاخرى لكن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقا في ثمن احدهما اجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى
الى الآخر فلذا امكن فيه واورد ينبغي ان يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه اولا شرطا لقبوله في الآخر قلنا

قبل العقد فيه ليس شرطا فاسدا الا ترى انه لو كان بثمنه مثل الثمن الاول او خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه اولا ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه باقل ان كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه باقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل بربح لا على ضمانه

قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قوله ومن اشترى زيتا في ظرف صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو الف رطل على ان يزنه بظروفه فيطرح مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على ان تطرح عني وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط ان يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على ان تزنه وتطرح عنه لكل ظرف عشرة ارطال او خمسين فان البيع ح فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين فان زنة الظرف قد تكون اقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون اكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت الثمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة ارطال وقال البائع كان الثمن خمسة وتسعين رطلا والزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال فالقول قول المشتري مع يمينه الا ان يقيم البائع البينة لان هذا الاختلاف ان اعتبر خلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع ولان البائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر وان اعتبر اختلافا في قدر السمن المقبوض فمرجعه خلاف في قدر الثمن فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة واستشكل المسئلتين احدهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات احدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وههنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافا في الثمن اجيب عن الاول بانها مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لانكاره الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثانية بان التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض هو هذا او لا فلا يوجب التحالف

قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه قوله واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او خنزير او شرائهما ففعل جاز عند ابي حنيفة رحمه الله ويدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب ان يخلل الخمر او يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بان كان في ملك المسلم خمر وخنزير وصورته ان يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل ان يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه ان يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرمها حرم بيعها واكل ثمنها وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد رحمهم الله لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك توليته غيره وهذا معنى قوله المسلم الموكل لا يليه بنفسه فلا يوليه غيره ولانه مفعول مقدم ليوليه كما كان انه لما لم يملك تزوج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه اياها ولان ما يثبت للوكيل من الملك ينتقل الى الموكل فصار كانه باشر الشراء او البيع بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل في البيع يتصرف باهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه ان يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو اهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكيله والمسلم الموكل اهل لان يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع



الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خمر او خنزير خلفه ذمي ورجع امره الى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون متفرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا يبيع الامام عرض الولد ووصيه يبيعه اذا لم يكن من ميراثها فان قيل ان قلت ان يملك المسلم لهما ثبت شرعا جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه او عن سبب اختياري منعناه وههنا كذلك اذ التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا نختار الثاني ونمنع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا للموكل وليست الوكالة سببا له بل شرط فاما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسببا عنها اذ لا يلزمه الشراء بقي ان يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع ان لا يتقرر الثمن وفي البيع ان يسيب الخنزير ويريق الخمر او يخللها فاي تصرف غير معقب لما يلزم وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن ابي حنيفة ان هذه الوكالة تكره اشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فاي فائدة في الصحة

قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط قوله ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط قال الطبراني في معجمه الاوسط ثنا عبد الله بن ايوب المقرئ حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فسألت ابا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسئلة واحدة فاتيت ابا حنيفة رح فاخبرته فقال ما ادري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فاخبرته فقال ما ادري ما قالا حدثني هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رض قالت امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال ما ادري ما قالا حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رض قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في احكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا ان في المسئلة ثلاث مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فاما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحمله الشافعي رح واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها الا الولاء وذكر الانقطع عنه انها رواية عن ابي حنيفة وحديثها في الصحيحين عن عائشة رض قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقالت ان احب اهلك ان اعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فابوا الا ان يكون لهم الولاء فاخبرت عائشة رض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق ففعلت عائشة الحديث ففيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضي بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة رض الولاء بسبب وقع في بعض الروايات وهو وان احبوا ان اقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن اعتق ورد اشتراطهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رض وهذا الاختلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان امرا لا يحل شرعا مثل ان يشترط ان لا يقع عتقك اذا اعتقه يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه ان يفعله فيتم البيع كانه لم يذكر اذا كان خارجا عن طاقة من شرط عليه امكن ويكون اصل هذا حديث بريرة واما الحقيقة فانما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص فيطلب معه اسباب الترجيح والمرجح ههنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط هو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصولية ان ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي واما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي ونحن كذا نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من اهل الحديث قلت وذلك اذا

لم يصرح فيه بجده بل هو عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك وبهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا ايضا من حديث حكيم بن حزام في موطا مالك بلاغا واخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط ان يقرضه دراهم وهو نوع من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضية الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه

قوله جملة الامر فيه اي في الشرط انه ان كان ما يقتضيه العقد كشرط ان يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد او لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد له كشرط الاجل في الثمن والمثمن في السلم وشرط الخيار فكذلك هو الصحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة او لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء النعل على ان يحذوها البائع او يشركها فهو جائز ايضا لما سياتي وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة او بان يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة او التسمية فهو جائز ايضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا وقبل او غائبا فحضر قبل ان يتفرقا وكفل ومثله شرط الحوالة كالكفالة ولا الرهن مسمى ولا مشارا اليه لا يجوز بالاتفاق ولان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا اشتراط حضرته لكن ما لم يسلمه البائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقد وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة وان كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فان فيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على ان يطحنها البائع او يتركها في داره شهرا او ثوبا على ان يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط ان لا يبيع المشتري العبد لانه يعجبه ان لا تتداوله الايدي وكذا على ان لا يخرجه من ملكه مثلا وفي الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه جاز وعلى ان لا يبيعه من فلان لا يجوز لان المطالبة وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين والمعقود عليه ومنه اذا باع ارضا على ان يبني بها مسجدا او طعاما على ان يتصدق به فهو فاسد اما لو كان المبيع ثوبا او حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكر في المزارعة من ان احد المزارعين اذا شرط في المزارعة ان لا يبيع الآخر نصيبه او لا يهبه مع ان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد وقال المص وهو الظاهر من المذهب لانه اذا لم يكن من اهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة فلا يؤدي الى الربوا وما ابطل الشرط الذي فيه المنفعة للمبيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو نفي معنى الربوا ومن مثل الباطل بيع العبد على ان يعتقه المشتري او يكاتبه او يدبره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في احد قوليه فيصححه ثم ان اعتقه المشتري فذاك والا خير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض اصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المص ويقيسه الشافعي على بيع العبد نسمة ثم فسره بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه ذلك وعلى تفسير المص هذا يتحقق صورة القياس واما على تفسيره بانه يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا انه قوله لا ان يشترط فيه يفهم من قوله ان تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك فتقاوح يقوي الاعتراض عليه بانه لا قياس قال فالحجة عليه ما ذكرناه يعني من الحديث والمعنى وانت



علمت انه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيف ما وجد وهو مذهبه ولهذا خصصه بحديث بريرة وجوابه انه ليس في حديث بريرة اصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وح فليس من التخصيص في منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن نظن عتقه اصلا القياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا اعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم فك الرقبة واعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل قال فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا بقي فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا

قوله فلو اعتقه المشتري الخ هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند ابي حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته ولو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد ان ملكه بالقبض في البيع الفاسد فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر من موت او قتل او بيع او هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو ادنى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق وان كان لا يلائم العقد على ما ذكرنا يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الخ ولكنه من حيث حكمه وهو ثبوت الحرية يلائمه لانه اي العتق منه للملك الذي هو اثر البيع والشيء بانتهائه يتقرر وجوده والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب اذا اطلع عليه بعد ان اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسد وكذا لو مات لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما واما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري او استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه يتعين امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد بجواز ان يحكم قاض بصحة بيعها فيتقرر الفساد واورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي ان يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه اجيب بانه من حيث هو مخالف لا يقتضي العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فقلنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى امة بشرط ان يطأها المشتري او لا يطأها فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطي لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لا لابي يوسف والثاني لانه لم تقتضيه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له

قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عم عن صفقتين في صفقة

قوله وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري دراهم او على ان يهدي له هدية او ثوبا على ان يقطعه المشتري قميصا او قباء فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وسلف اي قرض ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما تكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه احمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة اما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن اسود بن عامر به او اعل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه ابو نعيم الحافظ وابو عبيد والقاسم بن سلام واما معناه ففسره المص بما سمعت وفسره ابو عبيد والقاسم بن سلام بان يقول الرجل للرجل ابيعك هذا نقدا بكذا او

نية بكذا او بعشرة فان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقتين في الصفقتين ربا يؤيد تفسير المروع انه اقرب تبادرا من تفسير ابي عبيد واكثر فائدة فان
كون الثمن على تقدير النقد الفا وعلى تقدير النسيئة الفان ليس فيه معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روى عن رسول الله صلى الله عليه والسلام
انه نهى ان بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من تكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا اخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع
وفسره الشافعي بان يقول ابيعك داري هذه بكذا على ان تبيعني غلامك بكذا واذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح رواه الترمذي
والنسائي قال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجي لو قال بعتك هذه الدار بالف على ان يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم
فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول
لانه ليس في ذمة المشتري فكيف تحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يعقل على اي ضامن واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لو ثبت
انما يثبت اذا لم يسلم له ما يشترط في البيع على المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف حكى عن ابي الحسن
الكرخي انه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده ابو بكر الخصاف فرع باع امة بشرط ان يطأها المشتري او ان لا يطأها فسد البيع عند ابي حنيفة فيهما
لما ذكر من ان مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين احد الجائزين وعند ابي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا فيصح في الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما
ولو كان في الشرط ضرر كان شرط ان يعتق اجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري انه يفسد ولو لم يكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط ان ياكله
او ثوبا بشرط ان يلبسه جاز وذكر الامام قاضي خان العقود التي يتعلق تمامها بالقبول اقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة
المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال
كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبهة بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي يبطل بالشروط
الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي
وتعليق ايجاب الاعتاق بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع
ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد
خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص
حالا وموجلا وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط
وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على الماذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة
بالشرط المتعارف تصح هي والشرط وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالحاصل ان كل ما كان من قبيل التمليكات او التقييدات لا يصح تعليقه
فمن الاول الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند ابي يوسف من قبيل التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه
من اطلاق الولاية كالقضاء والاذن والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات اشبه

قال ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان
الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان

قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمها اياها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع
المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرط ترفيها فيليق بالديون لانها ليست معينة في المبيع فيحصل بالاجل الترفيه بخلاف المبيع المعين فانه
معين حاضر فلا فائدة الى الزامه تاخير تسليمه اذ فائدة الاستمهال به وهو حاصل فتكون ضررا بالبائع من غير نفع للمشتري

قال ومن اشترى
جارية الا حملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف
الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة



والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما تمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة
والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية
لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف
ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل المهد لتعريف ما يصح استثناؤه من العقد وما
لا يصح استثناؤه وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد ابتداء لا يصح استثناؤه من العقد وما يصح صح والحمل مما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه وهذا وهو كون
الحمل لا يصح افراده بالعقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة واليتها حتى انه يقرض عنها بالمقاريض واطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعا
ومن فروعه بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها بكذا يجوز لان افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بعتك على هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بالف لا يجوز لانه
لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عددي
متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل واما ان ما لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما
يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس ما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا يستثنى واما قول المصنف بيع الاصل يتناولها اي الاصل
والتبع فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراج بعض من الحكم الصدر وحكمه هو موجبه فلو صح ذلك لبطل الاستثناء
واصلاحه ان يريد بالتناول فيهما الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب اي طريق الاستثناء ومعه لا حقيقة موجبة وذلك لا يجوز
واذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة والاحسن ان
يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل لبطلانها بالشروط الفاسدة ما اثر المشابهة وتعلل المشابهة بانها عقود معاوضات الا ان المفسد
في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل ان يكاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد
في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الاعتاق والنكاح من
حيث ان احد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة
فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقا بالشرط الكائن
في صلب العقد ولا في غيره واما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا تبطل بالشرط الفاسد ويبطل بالشرط فلا يبطل باستثناء الحمل فلو
قال وهبتك وتصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها او تزوجت على هذه الجارية او خالعني عليها الا حملها او جعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات
وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة فان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص انها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه والسلام اجاز العمرى
بشرط عود المعمر فيصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر واما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية
لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها بان اوصى بجارية الا خدمتها او الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء لان الميراث
لا يجري في الخدمة والغلة بانفرادها حتى لو اوصى بخدمة الجارية وغلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل تعود الى
ورثة الموصي بخلاف ما لو اوصى بحمل جارية لآخر حيث يصح ويكون حملها له واورد على الاصل ان الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب ان يصح استثناؤها واجيب
بدليل قولهم كلما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة ولم يلزم كلما لا يصح اجرة لان الوصية ليس عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد
موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا فرع باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لي فله تسعة اعشارها
بتسعة اعشار الثمن خلافا لما روي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف لو قال ابيعك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لي او ولي هذه فسد ولو قال
الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذه العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لان

المعنى باع نصفه بالف لان الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عن بيعه بخمسمائة ولو قال على ان لي نصفه بثلثمائة او مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو
قال بعتك الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى داري الداخلة جاز فطريقه عرض باب الدار الخارجة
ولو باع بيتا على ان لا طريق للمشتري في الدار وعلى ان بابه في الدهليز يجوز ولو زعم ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باعه بالف دينار الا درهما او
الا ثوبا او الا كر حنطة او هذه الاشياء الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى
نقض البناء ولو باعها على ان بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على انهما جنسان كما لو باعه ثوبا على انه هروي فظهر بلخيا ولو باع الارض على
ان فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر ان لا علو لها ومثله لو اشترى باخذعها
قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه
يصير صفقة في صفقة على ما مر قوله ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد باجماع الائمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة الا ان هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن
فهو شرط اجارة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع قال ومن اشترى نعلا على ان يحذوه
البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا
الاستصناع قوله ومن اشترى نعلا على ان يحذوها البائع المراد اشترى اديما على ان يجعله البائع نعلا له فاطلق عليه اسم النعل باعتبار اوله اليه ويمكن
ان يراد حقيقته اي نعل رجل واحدة على يحذوها ان يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذو النعل بالنعل اي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه
قوله او يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشتري اديما على ان يجعل له شراكا فلا بد ان يراد حقيقة النعل فالبيع فاسد قال المصنف ما ذكره يعني القدوري
جواب القياس ووجهه ما بيناه من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك ومثله
في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه اي على ان يسمر له سيرا وصار كصبغ الثوب مقتضى القياس منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة
وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضانة في استيجار الصباغ
والظئر والصبغ واللبن آلة فعلهما للتعامل جوزنا الاستصناع مع انه بيع المعدوم ومن انواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة او قلنسوة
بشرط ان يبطن بها البائع بطانة من عنده وهذا النوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط ان يفعل به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما وفيه شرط ان يفعل فمن هذا
ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على انها حامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال بعض اصحابه في غير الآدمي
اما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الى ان يظهر ان المشتري يريدها للظئورة فيفسد فلا يخفى
ما فيه بعد فرض ان المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني شرط الحبل من البائع
لا يفسد لان البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما او زيتونا او حنطة على ان
فيها كذا وهنا ان يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة انها حلوب او لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي
لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في ان معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار او اكثر من هذا الى غاية كذا او
لو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشائخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على
اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على اجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على ان يحط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري
ان شاء اخذه بمائة وان شاء ترك عن ابي يوسف لو اشترى على ان يهب البائع للمشتري او لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى
خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على ان يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لان حاصل هذا حطيطة مشترطة وما لها الى الشراء



بالثمن الانقص ولو باع رقبة الطريق على ان له حق المرور او سفل على ان له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على انه شريك المشتري في نصف هذا
فسد ولو قال في نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك في نصفه ومقتضى النظر ان يجوز الاول ايضا لانه في الحاصل بيع احدهما بعينه
ونصف الآخر شائعا صفقة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا الالف الا نصفه بستمائة فقد باع نصفه باربعمائة قال والبيع الى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها
على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام
معلومة فلا جهالة فيه قوله والبيع الى النيروز وهو يوم في طرف الربيع واصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتبهجون
به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهرگان وقيل هما عيدان للمجوس وصوم النصارى وفطر اليهود واذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد
لجهالة الاجل وعرف بهذا التعليل ان المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تاجيل المبيع مفسد ولو كان الى اجل معلوم فلا يناسب تعليل
فساد تاجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله اذا لم يعرف الخ ان الفساد التاجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص اوقاتها عند المسلمين فلو كانا
يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في ان ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل ان المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات
جاز ولذا قال او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم الايام معلومة وهو خمسة وخمسون يوما واعلم ان كون التاجيل
في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى الذي ذكرناه مفسدا لتاجيل المبيع عند قوله ومن
باع عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر وقوله لابتنائها على المماكسة المماكسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو
يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحيل اخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد
مع ذلك وحقيقة هذا يصح تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد
والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة
مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى
قوله ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف وهو للعنب والدياس وهو دوس الحب بالقدم لينقشر واصله الدواس
بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها والجزاز اي جز صوف الغنم لانها تتقدم وتتاخر وذكر شمس الائمة ان المراد به جزاز النخل ولو كفل الى
هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي قريب تداركها وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة
وكل جهالة يسيرة متحملة بالكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسوال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة
متحملة في موضع لا يدل على ان يكون التاجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا ترى ان الصداق يتحمل الجهالة حيث يتحمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه
اشتراط هذه الآجال سوال اجنبي عن هذا المحل ثم اجاب بان الاصح صحة هذه الاجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تاجيل الصداق
اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمل جهالة هذه الاجال ويجاب بما ذكر وقوله لاختلاف
الصحابة اخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من اجازها كعائشة رضي الله عنها اجازت البيع الى العطاء وابن عباس رضي الله عنه منعه وبه اخذ العلماء
ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتاخر فجاز كونها اجلا اذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين
في ميعادهم في صرفه واما الآن فيتاخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التاجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر انه كان
يتقدم ويتاخر قليلا نحو يوم او يومين فاهدرته عائشة رضي الله عنها واعتبره ابن عباس رضي الله عنه ثم تحمل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتاخر والفاحشة
هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله ولانه معلوم الاصل اي ولان الدين معلوم فاما والضمير عليه لانه لازم للكفالة ان يستلزم دينا

يعني الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه موجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله الا يرى الخ ابتداء التعليل لقوله لانه معلوم الاصل
وحاصله انه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها وبان الدين المكفول به معلوم للاصل فلم تبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة
ثم ارتفع الى اولوية صحة هذه الآجال في الكفالة بان بعض الكفالة يحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذاب غير معلوم الوجود فلان تحمل
جهالة الوصف فيه اولى قال بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات
حيث جاز لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد
قوله بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه فاتجه عليه ان يقال لا يلزم من عدم تحمل الاصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو اخف لان الاصل
اقوى اجيب بان الاشتراك في العلة يوجبه في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الافضاء الى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ثم افاد ان ما ذكره من
عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو اذا ذكرت في اصل العقد اما اذا عقد بلا اجل وهو قوله بخلاف ما اذا باع مطلقا اي عن ذكر الاجل حتى انعقد
صحيحا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات فانه يجوز التاجيل بعد الصحة كالكفالة تحمل الجهالة اليسيرة لانه ح تاجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لانه يبطل
بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد قال ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد
والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح
الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف
ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد
غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قوله ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا
على اسقاط الاجل قبل ان يجيء بان اسقطاه قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا كما جاز اذا عقد بلا اجل
ثم الحق هذه الاجال وقال زفر لا يجوز وتقييده بهذه الآجال لاخراج نحو التاجيل بهبوب الريح ونزول المطر فانه لو اجل بها ثم اسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا
وجه قوله انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل كالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا وبيع الدرهم
بالدرهمين اذا اسقط الدرهم لا يعود صحيحا ولنا ان هذه الجهالة مانعة من لزوم العقد ليس في صلب العقد بل باعتبار امر خارج هو الاجل وصلب
العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فاذا ازال المانع قبل وجود ما تقتضي ما يوقعه سبب الفساد وهو
المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد المتاخر فان عدم الاشهاد وعدم
الشرط بعد وقوع المشروط فاسدا لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلوة صحيحة وانما نظير ما نحن
فيه ان يتوضأ قبل عمل المفسد وهو عدم الشرط ذلك قبل الصلوة واما النكاح الى اجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة
وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصلح اسقاط الدرهم لان الفساد في صلب العقد والذي يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الشرط
على الخمر فيما اذا باع بالف رطل خمر نص محمد على جواز البيع والقلابه صحيحا ذكره في آخر الصرف اللهم الا ان يقال هو للالف الثمن في بيع المسلم
بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه ح تعين كون الخمر هو الثمن وبفسد اذ لا متبع هناك هذا والحاق زفر بالنكاح الى اجل بطريق الالزام فانه يجيز النكاح الموقت
وقوله في الكتاب تراضيا اي قول القدوري قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف رح ومحمد رح ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره
صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلثة وقال زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر
بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل وههنا الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية



واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد
اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط
الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينعقد في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه
في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم
انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع
ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه قوله ومن جمع بين عبد وحر او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما سواء فصل ثمن كل
واحد او لم يفصل وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد بما سمى له وكذا في الذكية واذا لم يسم بطل بالاجماع
وبقول ابي حنيفة رح قال مالك وعن الشافعي رح واحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع دنين خلا فاذا في احدهما خمر ولو جمع بين عبد ومدبر او ابي يوسف
بين عبده وعبد غيره ولم يفصل الثمن صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد
كالمدبر واجمعوا انه لو باع عبدين فاستحق احدهما لا يبطل البيع في الآخر لزفر الاعتبار بالفصل الاول وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع الفصل
انه باع مما لا يصح بيعه ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق ان الكل من حيث هو كل ليس بمال ولهما
في الاول ان الفساد لا يتعدى محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه بلا موجب لان
كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن الا ترى انه لو هلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر ولو كان كل منهما عبدا وصار كما لو جمع بين اخته
واجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل منهما لان الفساد ح في القن لجهالة ثمنه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين اعني الجمع بين الحر
والعبد والجمع بين الاجنبية واخته والمدبر والعبد ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا والبيع صفقة واحدة بدليل انه ليس للقابل ان يقبل في احدهما
بعد جعل قبول العقد في كل شرطا في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اما
بيع هؤلاء فموقوف على القضاء في المدبر ورضاء المكاتب في الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف واجازة ذلك الغير فقد دخلوا في العقد
لقيام المالية على قول بعض المجتهدين في ام الولد ايضا فدخلوا ايضا على قول ابي حنيفة وابي يوسف الا ان المالك اي مالك ذلك العبد المضموم الى
عبد البائع باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع بعد وجوده فيما يقبله وهذا في ام الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على
ان اجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم ولذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا الى
الخلاف وعنده لا نظرا الى الاجماع وارتفاع الخلاف مع ان قول ابي عبيدة لعلي لما قال بدا لي رأي انهن يعتقن رأيك في الجماعة احب الينا
من رأيك وحدك ظاهر في ان اكثر الصحابة كانوا على منع بيعها او كلهم الا عليا وقد ذكر الكرخي رجوع ابي يوسف في مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما
بثمن موجل كما يجيء في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في جميع هذه المسائل اذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي ان يكون الجمع بين متروك
التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول ابي حنيفة لضعف الفساد في متروكها للاجتهاد واجيب بالفرق بانه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر
والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطاء لمصادمته ظاهر النص هذا وقد جعل الخلاف منهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم اول
كتاب البيع ان تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة ان البائع اذا
فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو قول ابي حنيفة وادرد من قبلهما ان قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون
مفسدا اجيب بمنع اشتراط النفع في افساد الشرط او لا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لان في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض
فيكون ربا قوله فكان هذا يعني رد البيع اشارة الى البقاء يعني دخولهم تحت البيع لان رد المبيع بدون انعقاده لا يصح واذا خرج العبد دخولهم لا يكون فيه بيع

بالحصة ههنا ابل ابقاء كما اذا باع عبدين وهلك احدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده ويجب حصة الآخر من الثمن واذا كان المدبر ونحوه محلا للبيع ثم لم يكن جهته مع القن تضمين اشتراط قبول العقد في غير المبيع قوله وفي الكافي جمع بين وقف وملك واطلق صح في الملك في الاصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع مركبا فيه مسجد قديم ان كان عامرا يفسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق العامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دار الطريق بهما ثم استحق الطريق ان شاء امسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطا بها وان كان متميزا لزمه الدار بحصته ومعنى اختلاطها كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان المسجد الجامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوما وارضا ساحة لا بناء فيها بعد ان يكون صلى مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر ان هذا متفرع على قول ابي يوسف في المسجد الا ان كان من ربع

معلوم يبادية ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز

**فصل في احكامه** واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرطان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن قوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة

ومعنى اعدل من المثل معنى به

**فصل في احكامه** قال واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع صريحا او دلالة كما سياتي وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك البائع ولزمته قيمته ومعلوم انه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده اما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه اي البيع الفاسد محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد بين المشروعية والنهي المراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا اي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح وصار كما اذا باع الخمر بالميتة او باع الخمر بالدراهم فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذلك الا لانتفاء مشروعية السبب ولنا ان ركن العقد صدر من اهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام اي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مال الان قوله نعمة الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه اثبت حكمه وامثله اصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه اثبت حكم طلاق الحائض فازال به العصمة حتى امر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن والاثم المطلق فصار هذا اصلا في كل سبب شرعي نهي عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصي به وقوله النهي نسخ المشروعية بمعنى يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك



الوصف او كونه لا يفيد حكمه ان اردت الاول سلمناه ومعناه انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما اريناك من الشرع وان اردت الثاني فهو محل النزاع فهو ح مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي ح لان فائدته التحريم والتاثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم او الكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على الخمر والميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب اصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تميزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا اخذا من مناسبة لغوية تقدمت اول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقدير ان شاء الله تعالى وكفايته واما قول المصنف وغيره من المشايخ النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر مشروعيته لان النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان ارادوا التصور شرعا اي ماذونا فيه شرعا فممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو اصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام اصلا اذ نسلم انه مشروع باصله اعني ما لم يقترن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئا او ح فقوله فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي او ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي هو ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج الى ما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرناه لنا قوله انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء فالمراد ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا اني اقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليس بمال في شريعتنا فان الشارع اهانها بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انها مفقودة حال الاعتصار بل الموجود ح نية ان يصير خمرا وبائعها واكل اثمانها وهي مال في شرع اهل الكتاب على زعمهم وحيث امرنا ان نتركهم وما يدينون فقد امرنا باعتبار بيعهم بها فاذا كان احد العوضين خمرا او خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الآخر وان كان ثمنا وان كان في بيعهم فصحيح والله اعلم وقوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فاجاب وحاصل الوجه فيه انا قدرنا انه سبب محظور وان ما هو سبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان رتب حكمه كما هو امر بمراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث امرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورايناه حكم السبب قد يتاخر عنه في الشرع لسبب من الاسباب فاخرناه الى القبض فانه به يتاكد العقد فيوجب ح حكمه كالهبة لما ضعف السبب لم تثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيده وجودا مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله وان كان الخمر مثمنا فقد خرجناه يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها قوله وشيء آخر اي وجه آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب ح تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا يكون الا دراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا مانع من ذلك بان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هناك كون كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها الى الصرف فتكون القيمة مبيعة وثمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري ثم شرط في الملك ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر من المذهب الا انه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا اجبر وقبضه في مجلس العقد ولم يمنعه البائع استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم يمنعه ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق اما اذا كان امره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم ان هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذه هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة والجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت

منع قبضه ... صار كالهبة في ضعف السبب مع ان القبض فيها في مجلس العقد يصح استحسانا واثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبته مفيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندواني انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان ادى الثمن مما يملكه البائع اخذا من اطلاق سياقي وان ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتاويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه القبض وفي المجتبى في التخلية اختلافات الروايات والاصل انها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا اشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله فيخرج عليه اي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم البيع وبطلانه بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن كلها باطلة لعدم المال في العوض والبيع بالريح بحسب ما يقال من المهملات الكلامية وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفي ولا اثبات انعقد فاسدا ويثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكانه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله لزمته قيمته يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يعتبر كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته ح كذا في الكافي وهذا في ذوات القيم واما في ذوات الامثال فيلزمه المثل ومنها العدديات المتقاربة لانه مضمون بنفسه اي لا بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبينة فيه بينة البائع **قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم تتحقق المراضاة في حق من له الشرط** قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد اي للمعصية فرفعه حق الله تعالى فان نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع تمليك او انتفاع بوطي او لبس او اكل كذلك اي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على منعه شرعا قطعي يوجب الحرمة وعرف من تعليل المص برفع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه اراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله اخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن او المثمن كبيع درهم بدرهمين او ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف بغير حضرته ايضا ولم يحك المص هذا الخلاف وان كان الفساد بشرط زائد كالبيع على ان يقرضه ونحوه او الى اجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض واما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بحضرة الآخر دون من عليه عند محمد ره لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص فالو زاد والمشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل او لا او منفصلة كذلك او انتقص بآفة سماوية او بفعل الغير بائعا او مشتريا او اجنبيا فسنذكره وقوله لانه الخ جواب سوال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لما كان قويا ينبغي ان يكون لا خذ ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك الا انه لما لم تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ **قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع** قوله فان باعه اي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا نفذ بيعه لانه ملكه فكذا التصرف وسقط حق البائع الاول في الاسترداد لتعلق حق العبد بالعقد الثاني ونقض



الاول ما كان الا لحق الشرع وحق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم باذن الله تعالى لغناه سبحانه وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا يفتقر الى العبد اذا احرم مالكه وهو في يده حيث يلزم اطلاقه فقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك اما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لوارث البائع استرداده منه الا ان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ولو قبل المشتري الثاني ايضا انما انتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته ان يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب وايضا الاول مشروع باصله لا وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته ولانه اي البيع الثاني حصل بتسليط من جهة البائع اي البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن في القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه ح اولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليط على البيع وتمامه بان يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه ان يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال ان حق كل من البائع والمشتري ليس له الا ليتدارك رفع معصيته بالتوبة ومتى اخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته اما الوارث فانه مامور بخلاص ميته من المعصية ما امكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة بالبيع والهبة فلا يمنع حق الشفيع وله ان ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق به حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه اسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البيع واورد فينبغي ان يكون حق المشتري احق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا اجيب بانه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من اسباب الترجيح فترجح الشفعة **قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته بالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا** قوله ومن اشترى عبدا بخمر المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر او غيره فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه وانما وجبت القيمة لانه بالاعتاق قد هلك فوقع الاياس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسئلة قبلها من انه تعلق به حق العبد اعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتاخير التوبة والكتابة والرهن بعد قبضه نظير البيع يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا او رهنه فهو نظير البيع لانهما لازمان لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة الا انه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات بالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بلا قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع ان يسترده لتحول حقه عن العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا ابق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس للمالك اخذه لما قلنا وقوله وهذا بخلاف الاجارة فانه اذا اجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع ان يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك تلك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه مبيتا غير انه اذا ظفر بها له وطيها ولان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون الاسترداد بالاضافة

الى المنافع التي لم تحدث امتناعا عن العقد عليها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا واخذ المشتري الارش او ولدت الجارية واخذ موجب
ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه او بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب لو صبغه فعن محمد رح يخير البائع بين اخذه واعطاء
ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل ان كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد
للبائع وذكر الكرخي ان الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد وعن محمد رح انه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع
فيسترده وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري او بفعله
في نفسه او بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل اجنبي فله ان ياخذ الارش من
المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطي المشتري الجارية لا يمنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد
او استرد لزمه العقر للبائع اما ان اتلفها ضمن قيمتها قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير
محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن
ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا
قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قيل يعني القيمة التي اخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك او الثمن الذي تراضيا عليه
كيف كان ليس له اخذه حتى يرد ما اخذه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا
بالعقد الجائز اذا تفاسخا فللمستاجر ان يحبس ما استاجره حتى ياخذ الاجرة التي دفعها للموجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين
البدلين ولو مات البائع بيعا فاسدا او الموجر اجارة فاسدة والراهن والمقرض كذلك فالذي في يده المبيع او الرهن احق بثمنه من غرماء الميت لانه
مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما اعطى فما فضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه
دين ولم يقبض المحتال الدين او الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة او الوديعة مع ان دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان
الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال ثم ان كانت الدراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها ياخذها المشتري بعينها لانها تتعين
في البيع الفاسد وهو الاصح خلافا لما ذكره ابو حفص انها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية ابي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سياق
ما يقوي رواية ابي حفص لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب والثمن في يد البائع كالمغصوب وان كانت مستهلكة قال المصنف رح اخذ مثلها وكذا ذكر قاضي خان و
ذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شراح الجامع الصغير انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عاد فصرف الى الغرماء ولا شك انه غير لازم
لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه ومستهلك هو الدراهم قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه
يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف
من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس
مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل
بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري او غرس فيها اشجارا فعليه قيمتها وانقطع حق

البائع في استردادها بالبناء والغرس وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء ويقلع الغرس وترد الدار لهما ان حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة اضعف من
حق البائع بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل انه يحتاج في ثبوت الملك له في الدار الى القضاء ويبطل بالتاخير بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد
ولا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتاخير ويثبت لورثته والاتفاق على ان حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء والغرس فاقواهما وهو حق البائع اولى



ان لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته ولابي حنيفة ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع والهبة
بخلاف حق الشفيع فانه وان كان اضعف لم يوجد ما يبطله وهو تسليط على الفعل اعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة
ايضا بل ياخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي انكر فيها ابو يوسف رح الرواية لمحمد رح على الوجه المذكور
في الجامع فقول المصنف وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رح بذلك قالوا شك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه يعني ان مذهبه معروف انه لا ينقض البناء
ولكن تجب القيمة على المشتري فان محمدا رح نص على هذا الاختلاف في كتاب الشفعة فانه قال فيه اذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند
ابي حنيفة رح وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد
فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير ان حكاية شمس الائمة قول ابي يوسف لمحمد رح ما رويت لك عن ابي حنيفة رح انه ياخذ
قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء وقال محمد رح بل رويت لي انه ياخذ قيمتها صريح في الانكار لا في الشك وصريح في انه ينقل عن ابي حنيفة
ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف معناه ان حق الشفعة وجودا و
عدما مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين
قالوا وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف
فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه لم ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة بل يثبت حق الاسترداد والاقرب ان الاوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع
في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عنده لا ينقطع فله القلع والهدم وعندهما ينقطع فلا يسترد
واتفقت الروايات ان طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء واورد على ابي حنيفة رح لما وجب نقضهما لحق الشفيع
وفيه تقرير الفساد فاولى ان يجب نقضهما لحق البائع وهو اقوى وفيه اعدام الفساد واجيب بمنع الملازمة فان البائع جاز ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض
لاجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغراس لاجل الشفيع ينبغي ان يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد اجيب
بان المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما لملكه هذا وقولهما اوجه لان قول ابي حنيفة ان البناء مما يقصد به الدوام
يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر انه قد يقال للبقاء وقد لا فان قال المستاجر يعلم انه يكلف القلع ففعله ذلك دليل على انه لم يرد البقاء قلنا المشتري
شراء فاسدا ايضا يكلف القلع عندنا وقولك لا يلزم ذلك محل النزاع فاقل الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم
البقاء الا مدة ما واما تعليل بعضهم له بانه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب لان ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا
قيل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس العاقد الجاني يعقده هو الذي بنى فلا يستحق بجنايته وفعله المقرر لمعصيته ان يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة
حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جناية منه فانه جل وعلا اذن في تقديم حقه قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها
وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما
الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة رح ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع
او تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها

والاصل

اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها المشتري وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن الذي قبضه من المشتري اذا عمل فيه
ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل
لعدم الملك
ل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة

وما عرض او نقد واديه ضمانها فيفضل ربح وجب التصدق به عند ابي حنيفة رح ومحمد رح لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما
اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكنه ربما توسل اليه الربح بالمغصوب والوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق
به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة او نقد من الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في ابواب الربا
والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى
الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة
فلا يتعدى به الا اعتبارها دونها كشبهة شبهة الشبهة ولم ينفسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال يتصدق المشتري بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ولا شك
ان هذا انما هو على الرواية القائلة لا تتعين النقود في البيع الفاسد اما على الرواية القائلة بتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المص ان رواية
التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فينبغي على الاصح وجوب التصدق على البائع ايضا بما ربح في الثمن غير ان هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية
في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بالف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي
قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وح فالاصح ان الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المص لا تتعين في العقود اي عقود البياعات
بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والسرقة انما يصح لو كان لفظ البياعات اذ المعاوضات مذكور
المص وليس كذلك وهذا التفصيل قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي
لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع العين وعندنا لا يبطل وليس له ان يحبسها ويعطي مثلها

قال وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث
لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين قوله وكذا اذا ادعى قال
في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على انها دينه يطيب له الربح
لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية اي بالاقرار عند دعواه المال ثم استحق بالتصادق فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين
وبدل المستحق مملوك اي ملكا فاسدا سواء كان عينا او دينا اما عينا فبدليل ان من اشترى عبدا بجارية او ثوب ثم اعتق العبد ثم استحقت الجارية يصح
عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب
له الربح وفي الجامع الكبير لقاضي خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبدا للغير بذلك الدين وقبضه
ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملكه ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق المبدل يجب رده لا بطل
البيع فيتمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل الربح في دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا يعتبر واعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم
بالاعتياض عنه وملكه اما لو كان في الاصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لا يملك اصلا لانه متيقن انه لا ملك له فيه والله اعلم

فصل فيما يكره لما كان دون الفاسد اخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية
لا نعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي ان يكون على اصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسدا وتلقي الجلب اذا ليس
باطلا ويثبت معه الخيار وهذا لان النهي مطلقة للتحريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل عن
سوم الآخر وبعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى اثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما يجيء به في زمن الحاجة ليغلي
على الناس ضرر عام بالمسلمين واهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب ان
يكون غير منعقد لعدم الرضى به ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي رح وكقول مالك رح وكون الوصف مجاورا او لازما لا اثر له في نفي ما ذكرنا اذ الاصطلاحات لا تنفي



المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان او الفساد على ان معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية لا بشرط المنهي عنه ويكون … المالك الى القبض ليس
الا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير انه لما كان المنع باعتبار … مكروها … الركن … المال …
بالتراضي ثابتا جعلته فاسدا قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا …
ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعد ما بلغت قيمتها فانه تغرير للمسلم ظلما فاما اذا لم يكن بلغت فيها خرادالى القيمة
لا يريد الشراء فجائز لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذا كان شراء الغير بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم قال وعن السوم على سوم غيره قال عم
لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة اما اذا لم يركن احدهما
الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قوله وعن السوم اي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبع
الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له وفي الصحيحين من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان الى ان قال وان
يستام الرجل على سوم اخيه وعرفت مسيره وهو ما فيه من الايحاش والاضرار وشرطه وهو ان يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك اكثر او مثله غير انه رجل وجيه فيبيعه منه
لوجاهته واما صورة البيع على بيع اخيه بان يتراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول انا ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع اخيه والسوم
على سوم اخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى حمل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبع احدكم على بيع اخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث
الاستيام وكذا محله في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا باس به كما سنذكر قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر
على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قوله وعن تلقي الجلب في الصحيحين عن عبد الله بن عباس رض نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد
قال فقلت لابن عباس رض ما قوله حاضر لباد قال ان لا يكون له سمسارا والتلقي صورتان احدهما ان يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من اهل البلد بزيادة وثانيهما
ان يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية انه اذا خرج اليهم لذلك انه عاص اما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فرآهم فاشترى ففي
معصيته قولان والاوجه لا يعصي اذا لم يلبس وعندنا محل النهي اذا كان يضر باهل البلد او يلبس اما اذا لم يضر او لم يلبس فلا باس قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم
لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام
الضرر قوله وعن بيع الحاضر للبادي تقدم النهي عنه ومحل النهي اذا كان اهل البلد في عوز اي حاجة وقحط وهو يبيع من غير اهل البلد طمعا في الثمن الغالي … وهم جيرانه اما اذا لم
يكن كذلك فلا باس لانعدام الضرر وقال الحلواني هو ان يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع انت انا اعلم بذلك فيتوكل له … ولا يتركه يبيع بنفسه ليرخص على
الناس في بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير اصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس ان
لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير البيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضده وهي الجائزة والمعنى انه نهى عن بيع السمسار وتعرضه له لما سئل عن كيفية نهي بيع الحاضر
للبادي قال المقصود ان لا يكون له سمسارا فنهى عنه بالسمسار قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال
بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قوله والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى اذا نودي
للصلوة من يوم الجمعة الى قوله وذروا البيع كانه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قال في النهي عن الصلوة بعد صلوة
العصر قبل التغير وفيه زيادة انه قد يفضي الى الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلوة
وهو ما يكون بعد دخول الوقت قال كل ذلك يكره لما ذكرناه لا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا
في شرائط الصحة قوله كل ذلك يكره اي كما ذكرناه من اول الفصل لما يكره الى لا يحل على ما قدمناه ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا حتى
يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي لكنه يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه عنه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه

وفي النجش وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد وعلل الصحة بان الفساد فيه في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة ومثله في الكافي الا ان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الا ان يقول الخارج بالمجاور وانت علمت ما عندنا في ذلك **قال ولا بأس ببيع من يزيد** وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه قوله ولا بأس ببيع من يزيد وهو صفة البيع الذي في اسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة لانه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد روى اصحاب السنن الاربعة من حديث انس بن مالك رض ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له اما في بيتك شيء قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فأتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل انا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلثا فقال رجل انا آخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذه الى اهلك واشتر بالآخر فأسا فأتني به فأتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا اراك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيمة ان المسألة لا تصلح الا لثلثة لذي فقر مدقع او لذي غرم مفظع او لذي دم موجع واخرجه الترمذي مختصرا انه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان وقال في علله الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة **نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي رض غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال عم ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به** قوله نوع منه اي من البيع المكروه اي الذي لا يحل على ما عرفت ان الكراهة تحريم وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لا يرجع اليه او لانها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول ومن ملك مملوكين باي سبب فرض من اسباب الملك من ارث او هبة او ميراث صغيرين او احدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما سواء كان في بيع او هبة او وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع ولا ينظر في الوصية الى جواز ان يتأخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي عن ابي ايوب الانصاري رض قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه للاختلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه احمد بقصة وروى الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدة وولدها وقال اسناد صحيح وفي طريق بن محمد تارة يرويه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن ابي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان الصحيح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث لطرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك منه وهو منع التفريق الا ان في سوقها طولا علينا واما حديث علي فاخرجه الترمذي وابن ماجة من حديث الحجاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن ابي شبيب عن علي رض قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده قال الترمذي حديث



المراة قلت هي لك ففدى بها اسارى ثلثة انتهى مختصرا فهذا التفريق وان كان من فعل ابي بكر رض لكن لا شك في ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه ووهب الجارية ولم يرده الى احدها الا بعد دارها حين فدى بها فهذا والله اعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين فروع اذا كان مع الصغير ابواه لا يبيع واحدا منهم ولو كان معه ام واخ او ام وعمة او خالة او اخ جاز بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد انهم لا يباعون الا معا اعتبارا لاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الام تغني عن شفقة الآخرين ولذا كانت احق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وامة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لا يباعون الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان او اخوة كبار في رواية الامالي لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الا بعد مع الاقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة احدهما يغني وكذا لو ملك ستة اخوة ثلثة كبار وثلثة صغار فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا فلو كان معه اخت شقيقة واخت لاب واخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا ابوين له ثم ملكوا جملة القياس ان يباع احدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل انه اذا كان معه عدد احدهم ابعد جاز بيعه وان كان في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل او يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز ان يمسك مع الصغير احدهما ويبيع ما سواه ومثل الخال والعم اخ لاب واخ لام والله الموفق للصواب

## باب الاقالة

مناسبة الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه انه اذا وقع البيع فاسدا او مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من راس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وايضا الاقالة بيان كيف ترفع العقود وهو يستدعي سابقة ثبوته والابواب والبياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف تثبت فاعقب لرفع معظم الابواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى ازال القول اي القول الاول هو البيع كاشكاه ازال شكايته ورفع بانهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على ان عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وايضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقاله اقالة فسخه **قال الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رح ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما** قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول عليه اجماع المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة اخرجه ابو داود وابن ماجة عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته زاد ابن ماجة يوم القيمة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه قال على شرط الشيخين واما لفظ نادما فعند البيهقي قال الامام ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى ان النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة واما لزوم كونه على الثمن الاول فبينه بوجه بينه المعنى الذي مهده بقوله والاصل اي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا

تعقبه ابو داود بان ميمون لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من ان المرسل من اقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك واخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن
عبد الرحمن بن ابي ليلى عن علي قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سبي فامرني ببيع اخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال
ادركهما فارتجعهما جميعا فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه وقال هو اولى ما اعتمد عليه في هذا الباب من طريق آخر رواه احمد
والبزار وفيه انقطاع والاثر على اصلنا على ما عرف قال المصنف ولان الصغير يستانس بالكبير والكبير يتعاهده لانه يعلم من شانه فكانه في التفريق قطع الاستيناس والمنع من التعاهد
وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن ابي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا
رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار ثنا يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرنا مالك بن الخير الزيادي عن ابي قبيل
عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في كتاب المفرد في الادب من حديث
ابي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل
محرم غير قريب كمحرم الرضاع وامراة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده
ومورده كان في المحرمية كما في الوالدة وولدها والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب ان لا يمنع التفريق بين الخال وابن اخته والخالة وبنت اختها لان النص
ما ورد الا في الوالدة والاخوين فالجواب ان القرابة المحرمة تثبت معنى ودلالة وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع لان خصوص الوالدة غير معتبر لان
الولد ايضا مثلها ففهم منه قرابة الولادة ثم جاء النص الاخوين فعلم ان لا قصر في الولاد بل القرابة المحرمة فيثبت في الخال والخالة الدلالة ومعلوم ان المحققين على
عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلث التي ذكرها المص وهي ما اذا
كان التفريق بحق مستحق كدفع احدهما بالجناية واستيلاد دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع انه في دفعه غير مجبور اذ له ان يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده
وحده بعيب يخصه فيرده وحده كاستهلاكه بعيب يخصه فيرده وحده وان كان عن ابي يوسف ره انه يردهما جميعا او يمسكهما كما في مصراعي الباب اذا وجد باحدهما
عيبا والرابعة ان يدبر احدهما او يستولد الامة ثم جاز بيع الآخر والخامسة ان يكون الحربي مستامن فباع احدهما فللمسلم ان يشتريه مع ان المنع كما هو للبائع كذلك
للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الكبير والصغير والسابعة انه يجوز ان يعتق احدهما بمال وبلا مال
ويكاتبه مع انه حصول الفرقة باخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيته امه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما
اشار اليه المص بقوله لان المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق الضرر به اي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما
تقدم فلو منعنا التفريق كان الزاما الضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه يكون علة المنع منتفية عند من
يمنع تخصيص العلة او مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله راسا بخلاف ما قبل التدبير
فانه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة اعظم فانه ان لم يشتره احد ذهب به الى دار الحرب ومفسدة
كونه هناك يثبت ويكتهل اعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا هو تعريضه على القتل والسبي هلاك ويجيء ما ذكرنا على المذهبين
في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على ان في رواية عن ابي يوسف
يمتنع بيع الثالث في الكفاية اجتمع في الصغير عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلف جهة القرابة كالعم والخال او اتحدت كالخالين عند ابي يوسف
لانه يتوحش بفراق الكل وعن السابع بان العتق والكتابة غير الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع اخيه حيث ما كان
واين ما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لاختيار ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم قال الكل الى عدم العلة
في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط ان كان للذمي عبد له امراة امته ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد
وامته وان كان تفريقا بينه وبين امه لانه تصير مسلما باسلام ابيه فهذا التفريق بحق قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف ره



رفع الاول كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال الاول هو برجوع عين الثمن الى مالكه كان لم يخرج في الوجود غيره وهذا يستلزم تعين الاول ونفي غيره
من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يمكن فسخها ينعقد على غيرها جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة اليهما حكم البيع كما سنذكره فان لم يمكن جعله
فسخا كان ولدت المبيعة بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك بطل هذا قول ابي حنيفة ره وعند ابي يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا بان وقعت
الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فتجعل فسخا وان تعذر كونه بيعا وفسخا كان ولدت الجارية المبيعة والاقالة قبل القبض كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد
هلاك العرض فحينئذ تبطل وعند محمد قلب قول ابي يوسف هي فسخ الا ان يتعذر فبيع الا ان يتعذر فيبطل والعجب ان قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة في ان الاقالة تنفسخ بلفظين احدهما
مستقبل كما لو قال اقلني فقال قد اقلتك مع انها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسخ ويقول لا ينعقد الا بالماضي فيهما لانها كالبيع فاعطي بسبب الشبهة
حكم البيع وابو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة لا تجري في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدوري وذكره في الدراية
والذي في فتاوى قاضي خان ان قول ابي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختار وا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر
رضيت او اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري اقلتك وينعقد بفاسختك وتاركت وجه قول محمد ان اللفظ
اي لفظ الاقالة وضع للفسخ والرفع بدليل الاستعمال فانه يقال اقلني عثرتي بمعنى اسقط اثرها باعتبار ما عد ما بعد وجودها هو المراد بالفسخ اذ حقيقة وقع الواقع عن
ان يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود فيوفر عليه قضيته واذا تعذر الفسخ يحمل على محتمله وهو البيع ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد
البيع وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر انه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما في التولية واخذ الدار بالشفعة ولهذا تبطل الاقالة بهلاك المبيع بعد الاقالة قبل الرد
ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري وهذه احكام البيع فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير انه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت في منقول
قبضه صرنا الى مجازه جعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما امكن وكونه لا يبتدئ عقد البيع باشارة ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز ان يعقد البيع ابتداء بلفظ
الاقالة وانعقاده في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه ولابي حنيفة رض ان اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا لمحمد ره والاصل اعمال
الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على
حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فيكون بيعا الثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما
يريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع ذلك اي بانه وضع بهذا الاعتبار والا رجع الى مجرد الاصطلاح على ان
مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرطا او تقييدا ان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي امر آخر وهو انه لما
لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد اجاب عنه بقوله ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه الرفع الذي هو المعنى الحقيقي ضده اي
ضد العقد او نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء ولان الاستعمال في الضد انما يكون للتهكم او تمليح وليس ذلك في الفقه او يكون لمشاكلة للفظ وقع في
صحبته كجزاء سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن لامر ضروري وهو انه لما ثبت به مثل حكم البيع و
هو الملك ببدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما الرفع فاموجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور
كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار او الخليطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عود ما الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده اذا
ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا ما لا يمكن اثباتها في الرفع
وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب
وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع
وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو

انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع
الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام قوله فان فرق كره ذلك وجاز العقد
اذا كان المالك مسلما حرا او مكاتبا او ماذونا اما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان
كان مشتريهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا في ملتهم لا يجوز وعن ابي يوسف رح لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لـ
قرابة الولاد وغيرها وهو قول احمد لما روينا من حديث علي رض وقول النبي صلى الله عليه وسلم ادركهما وارجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا
في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله والكراهة لمجاور والنهي لمعنى مجاور لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم فشابه كراهة الاستيام على سوم اخيه
وح يجب تاويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور انه يقبله رغبة في ثواب الاقالة او ان يبيع الاخ الآخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما
يمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام او بالحيض وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة
بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تفرقوا بين الام وولدها فقيل الى متى فقال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي رض
وفي اظهر قوليه الى زمان التمييز سبع او ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطاه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه
موضوع وسببه ان في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رواه ابن المديني بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ
حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذا راهق ورضيا بالتفريق فلا باس به لانهما من اهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك **وان كانا كبيرين**
**فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين** قوله وان كانا كبيرين
فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان على اصله الى خلاف القياس وقد صح انه صلى الله عليه وسلم
فرق بين مارية وسيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث عن بشير بن
المهاجر حاتم بن اسمعيل ووهم ابن رستم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال اهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة
كان يركبها فاما احدى الجاريتين فتسراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية ام ابراهيم عليه السلام واما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم
لحسان بن ثابت رض وهي ام عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة واخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسلا انه صلى الله عليه وسلم
بعث حاطب بن ابي بلتعة الى المقوقس الى ان قال واهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين احدهما ام ابراهيم عليه السلام واما الاخرى
فوهبها عليه الصلوة والسلام لجهيم بن قيس العبدي وهي ام زكريا ابن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث
آخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
فانزلني في منزله فاقمت عنده ثم بعث الي وجمع بطارقته الى ان قال وهذه ما ابعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث
جوار منهن ام ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن حذيفة العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا اعلم من الفاظ هذا
الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين كانتا اختين وهو موضع الاستدلال لا جرم ذكر ابو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي
باسناد له ان المقوقس ارسل الى حاطب ليلة الى ان قال فارجع الى صاحبك فقد امرت له بهدايا وجاريتين اختين فارهتين وبغلة من مراكبي والف
مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لين وغير ذلك وامرت لك بمائة دينار وخمسة اثواب فارحل من عندي ولا يسمع القبط منك حرفا واحدا فهذا مع توثيق
الواقدي دليل على المطلوب وقد سلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله احمد بن عبد الله الطبري عن ابي عبيدة في خاتمة مناقب
امهات المؤمنين لم يورد ابو داود للتفريق بين المدرك الا الحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابي بكر رض فغزونا فزارة الى ان
قال فجئت بهم الى ابي بكر رض وفيهم امراة معها ابنة لها من احسن العرب فنفلني ابو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي



**سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه** وقوله اذا ثبت هذا اسے
هذا الخلاف في هذا الاصل فنقول تفريعا عليه اذا شرطا في الاقالة الاكثر كان تقايلا على مائة والبيع بخمسين فالاقالة على الثمن الاول عند ابي حنيفة ويبطل شرط
الزيادة لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما بطلت لان الاقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن لان رفع ما لم يكن ثابتا محال ولم يكن الثابت بالعقد
هذا القدر فلا يتصور رفعه في مائة توضيحه ان رفعه على مائة يرجع الى المشتري والحال ان لم يكن في الوجود بالعقد بمائة رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع اصلا لان اصل
العقد له وجود واياه عينا بالاقالة غير انهما زادا شرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعها ويبطل الشرط الفاسد الذي زاداه بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه
ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا اذ لا يتصور اثباتها في الرفع وكذا اذا شرطا الاقل عنده يصح بقدر الثمن الاول لما بينا انه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول
الا ان يكون حدث بالمبيع عيب فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف
وعند محمد لتعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف يصح به لانه بيع وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه
ولو سكت عن الكل بان قال اقلتك يكون فسخا عليه فاذا سكت عن بعضه اولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا من جعل الحط بازاء
النقص منه بالعيب فرع ولو باع حنطة بدنانير ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق **ولو اقال بغير جنس الثمن**
**الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا** قوله ولو اقال بغير جنس الثمن الاول بان كان دراهم فاقال
على دنانير تبلغ قيمتها قدرها فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا انه عند ابي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا
**ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول**
**وغيره فسخ عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار**
**قبل القبض جائز عنده** قوله ولو ولدت المبيعة ولدا يعني بعد القبض ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا
كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل ان الزيادة متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت
قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض فان كانت متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة
تفسخ على قوله الاخر وعندهما تكون بيعا ومن ثمرات الخلاف انهما لو تقايلا في منقول فقبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز البيع خلافا لابي يوسف
لان المنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا ولانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول
ابي حنيفة رض وابي يوسف رض وثمرته كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع ايضا منها ان المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع
للشفيع ان يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها ان البيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا
في حق الشرع ومنها انه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد
جاز ويجعل في حق البائع كانه ملكه بسبب جديد ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع على البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشتراه
**قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع**
**جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه** قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها ووجه الفرق ان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين
بخلاف الثمن لانه اما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشر اليه النقد واما مال حكما لا حقيقة فيما اذا اشار اليه لعدم تعلق العقد بما اشار اليه بل بمثله في ذمته
والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها ترتد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول ولا يحال في اداء
زكوة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتادى الكامل بالناقص وكذا من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان
للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا الى قيام المبيع

فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ ارفع مالا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما لو كان راس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك ومثله في حقيقة المقايضة كما سنذكر اما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك احدهما اياكان فالاقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك او مثله ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب قوله ولو تقايضا بالياء المثناة من تحت اي تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع من وجه فكان البيع باقيا ببقاء العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه فعليه يتفرع ما اذا اشترى عبدا بامة وتقايضا ثم ان المشتري العبد باع نصفه من رجل ثم اقال البيع في الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد فاخذ الارش ثم اقال البائع في الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة اما لو تقايلا بعد هلاك احدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة ايضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع ان في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده او مثله فلا تتعلق الاقالة بعينهما فلا يبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم وراس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه فانما عليه رد مثله ولو تقايلاه بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقدا على دين كعين ورد عليه العقد ولهذا لا يجوز بيعه مرابحة على راس المال ذكره الاسبيجابي فرع بالمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة او المنفصلة او استهلكها اجنبي تتوقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول ابي حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابي يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة واطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وهو مقيد بما اذا لم يبع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا يصح اقالته وكذا المتولي ايضا لو اشترى باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم يرجع بالدنانير لانه وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا الرد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقدا بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقدا بثمن مؤجل ثم جددا الى اجال او على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير او على القلب اما لو جددا بدراهم اكثر او اقل فلا فهو حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بالعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذ الحط يلتحق باصل العقد الا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشرة ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي او لم يزد على قوله بعه او زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ فعليه ما فرع في فتاوى قاضي خان وغيرها باع امة فانكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له وطؤها لان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم البائع على ترك الخصومة فقد تم الفسخ بينهما وكذا لو انكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة ايام وقبضها ثم رد على البائع جارية اخرى في ايام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول قوله لانه انكر قبض غيرها فان رضي البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد اخرى فقد رضي بتمليك البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري ليجئ بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له ان يبيعه من غيره استحسانا وللمشتري منه ان ينتفع به وان كان يعلم بذلك لان البائع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول فعليه ان يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع باقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل اقلنا به فالقول للمشتري مع يمينه ٢



في انكار الاقالة فلو كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري باقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

## باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح قوله المرابحة نقل ما ملك بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة اورد عليه لو ولي دنانير اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه واجيب عنه في بعض المواضع بانه بيع مرابحة وكونه لا يجوز لشئ آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائز بلا استثناء شئ وهو مما صدق فانه فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه مما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون معه ثمنا مطلقا يفيد انما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة في ذلك لان بدل الصرف لا يتعين فلم تكن من هذه الدنانير متعينة ليلزم معيبا والذي اورده على التقدير الذي صححنا به الايراد ما اذا اشتراه بنسبة ثمن فلا يجوز ان يرابح عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق في احدهما انه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجود ماهيتها فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى اذا ابق العبد المغصوب فكذا القيمة على الغاصب ثم عاد فللغاصب ان يبيعه مرابحة على القيمة التي اداها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة او ارث او وصية وقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز صورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا او رقمه كذا فاربحك على القيمة او رقمه وكذا معنى الرقم ان يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن او ازيد ثم مرابحه عليه وهو ما اذا قال رقمه كذا وهو صادق ولم يكن خائنا فان غبن المشتري فيه فمن قبل جهله واجيب بما حاصله ان الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار الماذون به كما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغاصب انه يقول قام علي بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع على ما على عكس الحد وهو ان المرابحة نقل بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق اصلا والله اعلم ومما يرد ايضا اذا كان راس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن اصاب اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان

والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير شئ فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشئ من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه براس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال قوله والبيعان جائزان استدل على جوازهما بالمعنى وهو التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره في التولية احاديث لا شبهة فيها منها ما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا باس به ولا خلاف في مرسل سعيد انا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا ان يشرك فيه او يوليه او يقيله وحديث ابي بكر الذي ذكره المصنف اخرجه البخاري عن عائشة وفيه ان ابا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بابي انت وامي احدى راحلتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن اخرجه في بدء الخلق وفي مسند احمد قال صلى الله عليه وسلم قد اخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان ابو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فاخذ احدهما وهو القصوى فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب ابو بكر راحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي فقال صلى الله عليه وسلم لا اركب بعيرا ليس لي فقال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال

هي لك يا رسول الله فركبا فانطلقا وذكر السهيلي عن بعض اهل العلم انه سأل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد انفق عليه ابو بكر رضي الله عنه ماله عن ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة
ثنتي عشرة اوقية حين قال له ابو بكر الا تبني باهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة اوقية ونشا والنش عشرون درهما فقال انما فعل ذلك لتكون الهجرة
منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان تكون على اتم احوالها وهو جواب حسن واما المعنى فهو قوله
لاجتماع شرائط الجواز والمانع يكفي ثبوت الشرائط في الشرعية افاد علتها بقوله والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان المعنى الذي لا يهتدي في التجارة
يحتاج الى ان يعتمد على فعل المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولا يخفى انه يحتاج الى دليل خاص بجوازهما بعد الدليل المثبت
لجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد ان لا يخل بما علم شرطا للصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بالشروط المعلومة هو دليل جوازهما اذ لا زيادة فيهما الا الاخبار باخبار
خاص اذا ما ملكه انه يبيعه بثمن كذا مخبرا بان ذلك الثمن الذي اشتريت به او مع زيادة كذا لا ارضى بدونها من معرفته شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله **ولا تصح المرابحة
والتولية حتى يكون العوض** يعني الثمن **مما له مثل** كالنقد والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقاربة كالبطيخ والرمان ونحوها لانه لو
لم يكن له مثل بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه او ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا او بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم انه لا يجوز الا لو كان
ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه من مرابحة عليه بربح معين كان يقول ابيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم او كر شعير او ربح هذا الثوب جاز لانه
يقدر على الوفاء بما التزمه بالثمن بخلاف ما لو باعه والحالة هذه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه باعه براس المال وببعض قيمته فان معنى ده يازده كل عشرة
احد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة احد عشر اي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر
من جنس العشرة وان يمكن انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزم ذلك رفعا للجهالة الا انه ثبت وح فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضي انه باعه بالعبد وبقيمته
او بمثل بعضه وهو كل عشرة اجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم احد عشر لزم ما ذكر وهو انه باعه بالعبد وببعض قيمته ومن
فروع ذلك اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد باعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقده والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان الثمن الاول تعين في العقد
الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى راس المال فقال بعتك بربح العشرة احد عشر او بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن
لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام علي بكذا او باعه بربح مائة او بربح ده يازده فالربح وراس المال على نقد بلخ الا ان يصدق
المشتري انه نقد نيسابور او تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة ولم يبين فراس المال والربح على نقد نيسابور وان كان
على علمه واشتراه بنقد نيسابور لم يعلم انه اوزن واجود فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك واعلم ان المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الاول عليه دون
ما دفع عوضا عنه فلو اشترى بعشرة دراهم فدفع عنها دينارا او ثوبا وقيمته عشرة دراهم او اقل او اكثر فان راس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لانه وجب
بهذا العقد آخر وهو الاستبدال **ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف
جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه
الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول
اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف
اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته** قوله ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصباغ امور كان الصبغ او غيره
والطراز والفتل واجرة حمل الطعام برا او بحرا لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع او في
قيمته يلحق به اي براس المال وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته من الطراز والفتل يزيد في العين والحمل من مكان الى مكان يزيد في القيمة
لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع
كلها فاذا ضم ما ذكرنا يقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم والبقر كالحمل بضمه بخلاف اجرة الراعي والبيت للحفظ اذ لا يزيد ٢٠



في العين ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم وكذا اجرة تعليم العبد صناعة او قرآنا او علما او شعرا
لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه اي في المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما انفقه على المعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعليم
ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمتنع نسبته الى التعليم كما لا تمتنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط
والتعليم علة عادة والقابلية شرط فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف نفي منهم المتفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف ظاهر قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال
حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر الحقه براس المال وكذا لا تلحق اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لانه نادر لا يلحق بالسائق لانه لا عرف في النادر
والحجامة والختان لعدم العرف ويضم اجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا يضم لان الاجارة على الشراء لا يصح الا ببيان المدة ووجه
ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل اجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب ويضم
الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف
ما اذا اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة اصاب من بيضها يحتسب
بما ناله وبما انفق ويضم الباقي ويضم اجرة التجصيص والتطيين وحفر البير في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والكرم
وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه وطين او عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال او باعارة **فان اطلع المشتري على خيانة
في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال
ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه
كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك
مرابحة على الاول اذا كان ذلك معلوما فلابد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال
وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة
لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه
جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت
فيسقط ما يقابله عند عجزه** قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما باقرار البائع او بالبينة او بنكوله عن اليمين فقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل
لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينته ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع فهو بالخيار عند
ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي
قال محمد يخير فيهما وهو قول الشافعي لمحمد ان الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول فيما لا يتعلق الانعقاد
به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فبفواته بظهور ان الثمن ليس كذلك يتخير ولابي يوسف ان الاصل فيما
في عقد المرابحة والتولية كونه تولية ومرابحة وذلك البناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار انه تولية ومرابحة عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة
من راس المال وفي المرابحة يحط عنه ومن الربح على نسبته حتى لو رابح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر ان الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين
من راس المال ومن الربح خمسة وهو درهم ولابي حنيفة في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف في التولية وهو انه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن
الاول والعقد انما تعلق به باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع اخذ بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر واما في المرابحة لو لم يحط لا يخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف
وان كان يتفاوت الربح فانه يظهر ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فامكن القول بجواز العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه فلو هلك المبيع
قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط وفيهما يلزم

تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه واما على قول ابى يوسف فلو هلك المبيع او انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احترازا عما عن محمد من غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشترى بناء على اصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشترى ويرد القيمة ويسترد الثمن قال ومن اشترى

ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابى حنيفة رح ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد حصل بغيره

قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه من الذى باعه منه بمثل ما باعه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح استغرق الثمن لم يبعه مرابحة لان هذا عند ابى حنيفة رح وهو مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو قول الشافعى ومالك رح صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح من هذه العشرة التى اشتراه بها الخمسة التى ربحها فيبيعه مرابحة على خمسة ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه ممن باعه منه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا الا ان يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وانا ابيعه بربح كذا على هذه العشرة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو عشرة في الفصلين من غير بيان لهما ان العقد الثانى وان كان ممن باعه منه فهو عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثانى وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة او وضيعة ولذا لو كان اصله هبة او ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما لو كان قبله والا لم تجز المرابحة اصلا وهذا لان بالشراء الثانى يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار كما لو تخلل ثالث بان اشترى بعشرة ممن اشترى من المشترى منه بعشرين ولابى حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة لانه تأكد به اى بالعقد الثانى بعد ما كان على شرف السقوط من ذلك الربح بان يظهر المشترى على عيب فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد اى تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج او بالارتداد وعلى اعتبار التاكيد يصير البائع في مسئلتنا مشتريا بالعقد الثانى ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فيكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب لان الشبهة في المرابحة كالحقيقة وكذا لا المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة لان الغالب في الصلح ذلك فيجب ان يبيعه مرابحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغى ان لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين على انه هذا التفسير يصير الشراء الثانى كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهى حصول الثوب بلا عوض اجيب بان التاكيد انما جعل كشبهة الايجاب احترازا عن الخيانة وذلك تحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع وكذا اذا رضى المشترى به وقد علم يجوز ولو كان بحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في بيع الربا لو رضيا به وارد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بعشرة واجيب بان ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثانى وان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكالة الا في عقد يجرى فيه الربا وايضا ليس فيه معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لان معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف او دابة او عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لها في بيع المرابحة وكذا قلنا لو اشترى اشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له ان يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعى في ذلك وبخلاف ما لو تخلل ثالث لتاكد الربح بالبيع من الثالث ووقوع الامن من البطلان به



فلا يستفيد المشترى الاول بالشراء الثانى تاكيد الربح وهناك بخلافه قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافى فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقى الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثانى عدما في حق نصف الربح

قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه انما يبيعه مرابحة على عشرة وكذا اذا كان المولى اشتراه بعشرة فباعه من العبد بخمسة عشر يجب ان يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان هذا العقد اعنى الذى جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا لافادته ما لم يكن من كسب العبد فى كسبه وتسليمه المولى من كسبه ما لم يكن سالما فله شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى ان يستبقى ما في يده لنفسه ويقضى دينه من عنده وكذا فى كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد فى الرق فصار كانه باع ملكه لنفسه من نفسه واشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التى ذكرناها صححناه فظهر انه جائز مع المنافى وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين فاعتبر عدما فى حكم المرابحة وبقى الاعتبار للعقد الاول وهو الكائن بعشرة فيصير كان العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى فى الفصل الاول وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى وكانه يبيعه لاجل المولى فى الفصل الثانى فهو ما اذا باعه المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الاول وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان مكان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد انه انما اعتبر عدما بالمرابحة لا لكونه معدوما من وجه وسببه ان المرابحة بيع امانة تنفى عنه كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بانه اشتراه منه بزيادة او باعه منه كذلك ولهذا قال ابو حنيفة رح لو اشترى شيئا من ابيه او امه او ولده او ولد ولده او اشترى هؤلاء منه لا يبيع واحد منهم مرابحة الا على الثمن الذى قام على البائع الا انهما خالفاه في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاخوين فابو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كانه للآخر من وجه ولهذا لا تقبل شهادة احدهم للآخر وتجرى المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرناه ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة رح والمشائخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضى خان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته او غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين اصلا كشمس الائمة في المبسوط فقال اذا اشترى من ابيه او امه او مكاتبه او عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في حق الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يرابح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه اجنبى من كسبه فلان لا يرابح الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين اولى لانه ح لا ينعقد العقد الثانى اصلا انما يبيع ماله من نفسه او يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثانى وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشتراه ولا يبين وان كانت من شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثانى ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول نحو ان يكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما فاشتراها احدهما من صاحبه بالف ومائتين فانه يبيعها مرابحة على الف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن بستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول بخمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التى ذكرها بقوله واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه باثنى عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لزفر لكنا اجزناه لما فيه من فائدة استفادة ولاية التصرف وهو المقصود وبعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه اى المضارب وكيل عنه اى عن رب المال في البيع الاول من وجه وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز من وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز

بجرب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطيها وان لم يكن في المال ربح فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح لانه بموجه رب المال كمثل ما ذكرنا في التي قبلها انه يبيعه على اقل الثمنين للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا يتهم فيه فلو اشتريا سلعة فاقتسماها فاراد احدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلي والوزني والمعدود ... جاز بيعه مرابحة وان كان مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتنائه على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا

قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي

قوله ومن اشترى جارية فاعورت اي من غير صنع احد بل بآفة سماوية او بصنعها بنفسها يبيعها مرابحة ولا يبين انه اشتراها بذلك الثمن وليس بهذا العور وكذا لو وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي وهذا لان الاوصاف لا يقابلها جزء من الثمن لانها تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف ولهذا لو فاتت قبل التسليم الى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها جزء من الثمن وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها

قوله وعن ابي يوسف في الفصل الاول وهو ما اذا اعورت الجارية انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله واما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي بامر المشتري او بغير امره فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين والتقييد بفقء المشتري والاجنبي احترازا عما لو فقئت عينها بنفسها فانه كما بالآفة السماوية لانه هدر فلا يكون المشتري حابسا شيئا واخذ الارش ليس بقيد بل اذا هدر الاجنبي لا يرابح بلا بيان لتحقق وجوب الضمان والفرق انه صار مقصودا بالاتلاف فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره فيقابل بعض الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن هذا ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قوله ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار او طعما ما يتغير يبيعه مرابحة من غير بيان وقرض بالقاف وذكره ابو اليسر بالفار ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه ابو الليث وقول زفر اجود وبه ناخذ واختياره هذا احسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره انها انتقصت ايهام للمشتري ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم ياخذها معيبة الا بحطيطة وقد ذكر اول الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبي ان الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها مع زيادة ربح نظنه انه قيمتها وهذا يبين انه لا يروم شراؤها الا بقيمتها كيلا يغبن وانه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا نقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه قدر ما لا يتغابن فيه مرابحة يبيعه بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بامر الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه اذا اشتراها في حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ الزام قوي وتشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شيء من الثمن ما اشترى باجل فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان واجيب بان الاجل يعطي لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فلزمه البيان بخلاف قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطي حابسا جزءا من المبيع عنده واجيب بان عدم الرد في هذا العيب لما ذكرت بل لانه لو ردها فاما مع العقر احترازا عن الوطي مجانا او من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود اليه قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطي بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطي الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لانه يسلم له الموهوب بلا عوض فيجوز ان يسلم له الوطي بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع زيادة متولدة من العين او شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر وكذا الوطي فرع لو اصاب من غلة الدار والدابة شيئا رابح بالاتفاق لان الغلة



ليست متولدة انما هو استيفاء منفعة فاستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو اصاب من لبن الغنم وصوفها ازاد ذا ربح يسقط من راس المال قدر ما اصابه من ذلك و يقول قام علي بكذا وتقدم انه اذا انفق في طعام الرقيق والدواب ما يضمنه شيئا غير السرف ولو ولدت الجارية او الغنم او اثمر النخيل يبيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل تم الزيادة بجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد جزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه لا يرابح الا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة او تولية او وضيعة فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه مقابل بالملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب بهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبني على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة فانه يحط ذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء واصله ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كان العقد عقد بما بقي ويثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة والتولية فان له ان يرابح على كل الثمن ويوليه

قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه مائة والف لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرناه وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسياتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال

قوله ومن اشترى غلاما او غيره بالف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين انه اشتراه بالالف فعلم المشتري بذلك فله الخيار ان شاء رده وان شاء قبل بالالف والمائة حالة وانما ثبت له الخيار لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كانه اشترى شيئين بالالف وباع احدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان احد الشيئين شبيه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاذا ظهرت يخير على ما عرف من مذهب ابي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يحط من الثمن ما يعرف ان مثله في هذا يزاد لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع فلو علم بعد هلاكه او استهلاكه لزمه بالف ومائة حالة لان الاجل لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد راي فقد تعذر بعد هلاكه وكذا لو كان ولاه اياه ولم يبين انه اشتراه الى اجل المشتري قبل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالالف الحالة ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يفصل ما ذكرنا وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا من ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف ان بعد الهلاك يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير قوله فيما اذا استوفى صاحب الدين من المديون مكان الدين الجياد زيوفا وهو لا يعلم بها حتى انفقها فانه عند ابي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد وسياتيك ان شاء الله تعالى في مسائل منثورة وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قال الفقيه ابو جعفر الهندواني ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن ما كان الا حالا في العقد اما لو فرضنا انه باعه بلا شرط اجل فلم ينقده الى شهر مطلا فلا شك انه يبيعه مرابحة بالالف

قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

قوله ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس ما قام به عليه فهو بالخيار ان شاء رد البيع

وان شاء قبل لان الفساد وان كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر وانما يتقرر بمضي المجلس وهذا يبين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح بخلاف ما روي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات اعتبر الواقع في اطرافه كالواقع معا وكان تاخير البيان اي بيان قدر الثمن كتاخير القبول الى آخر المجلس فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق اول المجلس كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا الخ فان تبين فيه اتصل بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا وانما يتخير بعد العلم في المجلس لان الرضى لم يتم قبله بتمام البيع كما في خيار الرؤية لم يتم الرضى قبل الرؤية فعند وجودها يتخير فرع اشترى ثوبا بعشرة ليس له ان يرابح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ماله شيئه معلومة منه كنصفه وثلثه بثلثه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله ان يبيع اي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ولو قوم قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله ان يرابح على الثمن كله ولو وهب له او حط عنه بعضه ليس له ان يرابح الا على ما بقي ولو باعه بالثمن عرضا او اعطى به رهنا فهلك كان له ان يرابح على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفا فتجوز بها البائع فله ان يرابح على عشرة جياد ولو وهب اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له ان يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب او فساد بيع او خيار او اقالة ان يرابح على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بميراث او وهبه لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ما عاد اليه الملك المستفاد بالشراء الاول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضي به له ان يبيعه مرابحة من الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار الشرط او رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له ان يبيعه مرابحة على ما اخذه به لما ذكرنا ان الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بغبن فاحش او بدين له على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالعين فليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين بما يباع بمثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذه بلفظ الشراء او بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه انه اذا علم انه ثمنه وجب ان يرابح عليه لان منع المرابحة ما كان الا للتهمة المحطيطة فاذا تيقن انتفاؤها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقتسماها ليس لاحدهما ان يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشتريا كيليا او جنسا واحدا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوبا ثوبا ليس له ان يبيع ثوبا منها مرابحة على ما قوم الا بما قدمنا من انه يقول قيمته هذا الف او قوم هذا بكذا او انا ابيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم بازيد من ثمنه ولو اسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة فليس له ان يبيع احدهما مرابحة على نصف راس مال السلم عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز ولو باع نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام اكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف اعني الذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبني ان يرابح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله ان يبيع كل واحد مرابحة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد لا يرابح حتى يبين لانه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقه ان يجعل كل درهم من راس المال احد عشر جزءا فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فيسقط عشرة فيسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزءا من احد عشر جزءا من درهم

**فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك

قوله ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه انما اقتصر على البيع ولم يقل ان يتصرف فيه ليكون اتفاقية فان محمدا يجيز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام فجاء النهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه اخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس ايضا قال واحسب كل شيء مثل الطعام اخرجه عنه الائمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى ابو داود عن ابي اسحق عن ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك



وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث واخرج النسائي ايضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وابيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئا حتى تقبضه ورواه احمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة والحاصل ان المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن اصبغ بسماعه منه والصحيح ان بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي الحجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي او غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه فالحق ان الحديث حجة والذي قبله كذلك الحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير العقار لابي حنيفة يذكر هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث بان فيه غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى انا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائز فلا يضر غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر ان السبب ما قلنا هذا وقد الحقوا بالبيع غيره فلا تجوز اجارته اذا كانت الاجرة عينا ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك واذا اجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة اذا كانت عينا قبل قبضها اولى فصار الاصل ان كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك به ولان يشترك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول ابي يوسف ولو اوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية اخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا اوصى به ثم قال محمد رحمه كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض هو جائز كالبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه ان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وابو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ايضا وهذه التصرفات تبتنى على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه وكان قاصرا في حق اطلاق التصرف واما اعتق عن كفارتي فانه طلب التمليك لا التصرف بنى على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض ايضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه ضعف لان ما يتحقق به بعد القبض تحقق قبله ويزيد باعتبار الهلاك ايضا فكان اكثره مطلقا قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باع المشتري من البائع قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز ويعتبر اعتباره مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء اجيب بان الغرر في البيع لا مجاور له فانه باعتبار انه ملك او غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك اورد على التاثير ان بعد تسليم ان البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض بل امتناع فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيه اذ ان ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر

قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف هو قوله الآخر وقال محمد لا يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقول الشافعي اعتبارا بالمنقول ورجوعا الى اطلاق الحديث يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول اعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها

التجار الى رحالهم وللنهي عن ربح ما لم يضمن ولو باع العقار بربح فلم يربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان ركن البيع صدر من اهله في محله والمانع المشير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف فان هلاك العقار نادر والنادر لا عبرة به لا ينبني الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشائخ ان جواب ابي حنيفة في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرمال واما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر او كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به معلول به اي بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه يظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في سند عار الملك التام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق وانما قلنا التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح واورد انه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه يؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع والجواب انه خص منه اشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك انه تملك المشترى قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض واما الالحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تتميمه بان نذكر هنا تمييز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان ابدا وذوات القيم مبيعة ابدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهي معينة ثمن او غير معينة فمبيعة لكن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيد المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو ادخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم اقاله فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل احد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي

قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

قوله ومن اشترى كيليا مكايلة او موزونا موازنة اي اشتراه على انه كذا كيلا او رطلا فاكتاله او اتزنه لنفسه ثم باعه مكايلة في المكيل او موازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه ان يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وروي من حديث جابر كذا لكن بلفظ الصاعان مرفوعا اسنده عنه ابن ماجه واسحق بن ابي شيبة قال محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى وبلفظه من حديث ابي هريرة وزاد فيه فيكون لصاحب الزيادة وعليه النقصان رواه البزار ثنا محمد بن عبد الرحمن ثنا مسلم الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان اخريان عن انس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق انبأنا معمر عن يحيى بن ابي كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبيعان التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعاه حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي واحمد وجمهور علماء الفقهاء وجعلوا من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع اذ عسى ان يكون انقص او ازيد



فيضيع ماله عند البائع او مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما اشبهها والحقوا بالمكيل والموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معادودة وبه قال ابو حنيفة في اظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنيفة للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل او الموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فاولى ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة وتقتضي منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة اما اذا اشتراه مجازفة في بيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المص فيه لان الزيادة له قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه فان ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه مجازفة فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري قول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه لنفسه فهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكايلة اما لو كان ملكه بالارث او الزراعة او اشتراه مجازفة او استقرض حنطة على انها كر باعها فاحتاجه الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي امر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها وتقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا تحل له الزيادة على المشروط

قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع من المشتري الثاني وان كان كاله لنفسه بحضرة المشتري عن شرائه هو لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط بالنص ولا بكيله اي البيع الثاني بغيبة المشتري وغيبته وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المامور به لتسليم المقدار الواجب وان كاله او وزنه بعد القبض بحضرة المشتري مرة فيه اختلاف المشائخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل او الوزن تمسكا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل كشترى المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فان في ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كال البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلك الا ان البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الاحراز ومن ههنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه الرجل في المجلس ثم باعه مكايلة قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء كاله للمشتري منه او لا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز

قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

قوله التصرف في الثمن قبل القبض جائز بالبيع والهبة والاجارة

والوصية سواء كان مما يتعين او لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك في المبيع الا انه منع بالنص بغرر الانفساخ
وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع فيلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعد الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها
واستثنينا المسلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وايده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن
ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد ان يدخل حجرته فاخذت بثوبه فسألته
فقال اذا اخذت واحدا منهما بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي
لا نعرفه مرفوعا الا من حديث سماك لا يضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن مسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن ابي هند عن سعيد بن جبير
عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان اراه ايوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وانا اهابه لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة
والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للاثر انه لم يكن يقبض احد النقدين عن الآخر مستمرا من غير ان يكون عرفه عنه صلى الله
عليه وسلم وامره رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفارقه ومنها بيع معناه دينا من ذلك البيع لانه صرف فمنع النسيئة فيه واما الميراث والتصرف فيه جائز
قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا للوارث وكذا الموصى له لان الوصية اخت الميراث قال ويجوز للمشتري
ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان
باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض
ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد
من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا
الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به
وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في
الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه
ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال
يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قوله ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشتري في المبيع ويجوز ان
يحط عن الثمن وسنذكر شرط كل منها ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة اذا كان الثمن
حالا وليس للمشتري ان يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع اصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري
مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط وعند زفر والشافعي لا يصحان اي الزيادة والحط على اعتبار الالتحاق باصل العقد بل الزيادة بر مبتدأ
من البائع والمشتري والحط ابراء من بعض الثمن متى رده يرتد ووجه قولهما ان المبيع دخل في ملك المشتري بالعقد الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده
بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جاز الزيادة في البيع كان المزيد عوضا عن ملكه اعني الثمن قلنا انما يلزم ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع
عدم تغييره لكنا انما قلنا انهما بالزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بهذا المقدار ورأينا الشرع اثبت لهما ولاية تحويل
العقد من صفة الى صفة ومن وجود الى عدم بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما اما الاول فتحويله من عدم اللزوم الى اللزوم باسقاط الخيار
وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالحاق الاجل كما سنذكر في تاجيل الثمن الحال عندنا واما الثاني فبالاقالة وهي تعيده الى قديم الملك فاذا لك
ان ثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا الى خاسر او خاسرا الى رابح او الى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من
بعد الفريضة [illegible] تراضيا به من تقرير المهر على حط بعضه او زيادة جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق باصل العقد ضرورة اذ تغيره يوجب كونه



عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف حط الكل لانه تبديل لا صله اذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة
الى عقد التبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فيجوز المرابحة على الكل من الاصل
والزائد ويجب ان يرابح على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية ويباشر العقد في المرابحة والتولية على الباقي بعد الحط وكذا في الشفعة حتى
ياخذها الشفيع بالباقي فقط وان قيل لو التحقا لزم ان ياخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الاصل والزائد وهو منتف بل لا ياخذ الا بدون الزيادة ولا
يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع اجاب بقوله وانما كان للشفيع ان ياخذها في صورة الزيادة بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال
حقه الثابت قبلها فان بمجرد العقد الاول تعلق حقه باخذها بما وقع عليه التراضي الاول وعقدهما الزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه ولا ينفذ
تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال ثم الزيادة الخ يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد او الدابة او حكما
بان اعتقه او دبره او كاتبه او استولدها او باع او وهب وسلم او آجر او رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن او طبخ اللحم او طحن الحنطة او نسج الغزل او تخمر العصير او اسلم
مشتري الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق بها اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في
المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد وبعد موتها لا يصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا اجر او رهن او خاط الثوب او اتخذ الحديد سيفا
او قطع يد المبيع فاخذ المشتري ارشه تثبت الزيادة في كل هذا وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك لانه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والالتحاق وان
كان يقع مستندا فالمستند لا بد ان يثبت اولا في الحال ثم يستند وثبوته منتف لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة اذا
كان المبيع هالكا وقتها وقوله على ظاهر الرواية احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعده
ذكره في المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته كما لو خالع امرأته مع اجنبي او
صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئا بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع
بعد هلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع
بعد الهلاك بحيث يمكن حط البدل اي الثمن عما يقابله وحاصلها اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط
ملتحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح
والاعتياض عنه لا يصح قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك
ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس
يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قوله ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا اقول في كل دين حال [illegible]
مؤجلا بالتاجيل هو قول زفر لانه بعد ان كان حالا ليس الا وعدا بالتاخير قلنا الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل
بالتاجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخره انما الكلام في انه يلزم التاخير شرعا اذا اخر وقوله الا ترى الى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو لزوم الشرع
اثبت عند اسقاطه السقوط والتاجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا
ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر لا يجوز ولا يجوز التاجيل به ابتداء وان كانت يسيرة كالحصاد والدياس يجوز ويلزم
كما اذا كفل اليها وقد ذكرناه من قبل يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين قال وكل دين حال اذا
اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع
كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه
يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه

ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزمه حقا للموصى قوله وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما
ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح ولو شرط الاجل في ابتدائه صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح ايضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولو مات
المقرض فاجل ورثته صرح قاضي خان بانه لا يصح كما لو اجل المقرض وقول صاحب المبسوط ينبغي ان يصح على قول البعض لا يعارض ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق
بين ان يؤجل بعد استهلاك القرض او قبله هو الصحيح وليس من تاجيل القرض تاجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اذا استهلكها لانها لا تصير قرضا والحيلة في لزوم تاجيل القرض
ان يحيل المستقرض المقرض على احد بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم وجه المسئلة ان القرض صلة واعارة في الابتداء حتى صح القرض بلفظ العارية
به الالف بدل اقرضتك في نحوه ولهذا لا يملكه من لا يملك الصلة والتبرعات كالوصي والصبي والعبد والمكاتب ومعاوضة في الانتهاء لانه اعطاه ليأخذ بدله بعد
ذلك فاخذ شبهة فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل كما لا يلزم تاجيل الاعارة فانه لو اعار المتاع الى شهر كان له ان يسترده في الحال اذ لا تاجيل في التبرع
وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ايضا لانه يصير بهذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن
فيه وهو مناف موضع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كانه رد العين
ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فالتاجيل في الاعيان لا يصح بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض
من ماله الف فلان الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه لانه وصية بالتبرع فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع انه لو اعار عبده وداره سنة
كان له ان يسترده في الحال وهذا لان باب الوصية اوسع من سائر التصرفات الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية
حق الموصي ونظرا له فضلا من الله ورحمة والرحمة عليه اجازها الشرع وكان القياس ان لا يصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية والله اعلم

## باب الربوا

هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا الاية فيه فناسبه بالمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك
حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربو بكسر الراء وفتحها خطاء قال الربوا محرم في كل مكيل وموزون
اذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو
قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين
بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر قوله الربوا في كل كيل او موزون اذا بيع بجنسه في عدة من النسخ الربوا محرم في كل مكيل
الى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلا الربوا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تاكلوا الربوا اي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزيادة في
بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة اعني بالمعنى المصدري ومنه واحل الله البيع وحرم الربوا اي حرم ان يزاد
في القرض والسلف على القدر المدفوع وان يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدرا ليس مثله في الآخر لانه صح فعل والحكم يتعلق به ولا شك ان في قوله الربوا
في كل كيل الاول بغير لفظ محرم لا يزاد كل منها لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلا اذ لا فائدة فيه تعقد براشتها فكان المراد حكم الربوا وهو الحرمة واما استعمال الربوا
في الحرمة فيكون لفظ الربوا مجازا او على حذفه وارادته فيكون من مجاز الحذف والربوا اريد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره اي حرمة الزيادة ثابتة في كل كيل ثم
قوله فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس مرتبا بالفاء كما عرف ان الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علة ولا ترتب الحكم على المكيل
والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل مع الجنس وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو اشمل واخصر لكنه يشمل اليسير ويصح ان يشمل الذرع والعد وليس
من اموال الربوا اي علة تحريم الزيادة كونه كيلا او موزونا مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور واخرج الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه
الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد واخرج مسلم من حديث ابي سعيد الخدري قال قال عليه الصلوة والسلام مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد
فقد اربى واخرج مسلم ايضا عن ابي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد اربى الا ما اختلفت الوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات كلها بيعوا مثلا



بمثل واما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن ثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل
يدا بيد والفضل ربوا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخرا وفي رواية ابي داود عن عبادة بن الصامت الذهب
بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى ان قال فلا باس ببيع الذهب بالفضة والفضة اكثرهما يدا بيد واما نسيئة فلا ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد
واما النسيئة فلا انتهى ومعلوم ان الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول
على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير والحكم معلول باجماع القائسين قوله والحكم يعني حرمة الربوا ووجوب التسوية معلول باجماع القائسين اي
القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربوا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها اما الظاهرية فلانهم
ينفون القياس واما عثمان البتي فلانه يشترط في القياس ان يقوم دليل في كل اصل انه معلول ولم يظهر له هنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق
قلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سياتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل واما ابطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة
وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقص اما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات
الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربوا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو ايضا ماثور عن قتادة وطاؤس قيل فالحزم قوله باجماع القائسين
لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده
لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة
وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط
ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس
عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات
والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط
فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية
من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا
نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل
كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت
في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف
وعند الشافعي رح العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو
تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية
قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء وباحدهما منفردا يحرم النساء ويحل التفاضل كما سياتي وعند الشافعية الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرمة وهي اعني الحرمة الاصل وعند مالك العلة الاقتيات والادخار وكلما يقتات او يدخر فهو ربوي
وما لا فلا لانه عم خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهر فيه فنبه بالبر على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير ليشارك فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس
عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالملح على ان ما اصلح المقتات من الماكولات فهو في حكمها فيلحق الابازير
وما في معناها والذهب والفضة معلولان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الاشياء واصول الاثمان وقال الشافعي رح في القديم العلة الطعم مع الكيل

اوالوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي الى الفلوس الرائجة وجه الصحيح انه لا ربوا فيه لانتفاء الثمنية الغالبة وهو اقوال احمد في رواية والجنسية شرط عمل العلة ومن هنا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم شيئا وعلى الجديد يحرم الربوا في الماء وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم وكان مبدأ الاشتقاق علة وروى لا تبيعوا الطعام الخ فافاد ان الحرمة اصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على لا تبيعوا الخ حرم بيع احدهما بالآخر مطلقا فلما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ تجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد انها علة منصوصة فلو اخذنا في استنباط علة ادانا الى هذه العلة ايضا ووجهه انه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات ولا اثر للجنسية والقدر في ذلك اي في اظهار العزة والخطر فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان ولنا انه لا بعض المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع وايجاب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث اذ لا بد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين ان الاباحة في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هي الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما يصرف النهي الى ما بعد الا نحو ما جاء زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما ان المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعى العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر لتتم معنى البيع لذا وجب المماثلة صيانة لاموال الناس عن التوى فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء بكل جزء فاذا كان فضل في احدهما صار ذلك الفضل [illegible] فالمقصد صيانة اموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احد الجهتين ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض الغير لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم اموالهم والمماثلة بين شيئين تمامها باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية يسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد وعلمت ان الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل او الوزن مع الجنس ولم يعتبر في اثبات المماثلة عدم تفاوت الوصف اما لانه لا يعد تفاوتا عرفا وفيه نظر او لان في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لانه قل ما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ان صح بغيره والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعند تأمل هذا الكلام يتبادر ان المتناظرين لم يتواردوا على محل واحد فان الشافعي وكذا مالكا يعنوا بالعلة يعني الباعث على شرع الحكم وهؤلاء يعنوا بالعلة يعني المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكروا عندهم وعندنا هي قصد صيانة اموال الناس حفظا عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتقابض اظهر من ان يخفى على من له ادنى لب فضلا عن فقيه واما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه اشتدادا تاما والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بابلغ الوجوه دون التضييق فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان انما كان الحاجة اليه اكثر كان اطلاق الشرع فيه اوسع كالماء والكلاء للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على انا نمنع ان الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب اكلهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام الا ترى ان مالكا فيما قدمنا اجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يؤكل او يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح ولا دليل آخر عمه والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الاستبذال والاباحة وكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان اصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب

والفضة



والفضة والنا لزم فيها العقد بعد تعلق حق الشارع به دفعا لمفسدة فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الاصلية فالحاقها به غير صحيح الا انهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن اجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فاجازوا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بالحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجواز من العددي المتقارب ما فيه فكلام فخر الاسلام ان الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربوا الا ان الجوزة ليس مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الا ان الناس اهدروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة انه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان ابى الا ان ياخذ عينها اخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي كما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بتفاحتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف انه لو وضعت مكاييل اصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ احد البدلين نصف صاع فان بلغ احدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع بحفنة فيما عدا الحفنة وفي جميع التفاريق قيل لا رواية في حفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربوا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة اموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما اذا كانت مكاييل اصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارة وصدقة الفطر باقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد اعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام ويتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس مع التفاضل على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا لكن يلزم على التعليل بالصيانة ان لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فينا طا بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير ان المذهب يضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه ببيع العبد

بالعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد باثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

قوله واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حل التفاضل والنساء كبيع الحنطة بالدراهم او الثياب والهروي بهرويين الى اجل والجوز بالبيض الى اجل لعدم العلة المحرمة وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى انها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم العلة الوجودية فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدم الاصلي واذا عدم السبب المحرمة والاصل في البيع مطلقا الاباحة الا ما اخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل واذا وجدا اي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حرم التفاضل والنساء كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوي والتقابض لوجود العلة المعرفة للحكم على ما بينا واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل والوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبدا بعبد الى اجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين او الهروي بهرويين حاضرا جاز وحنطة في شعير في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسمى وكذا

صديقي رصاص وعشاوة لا يجوز فلو مر في صين ونحوه في هذا مثالاتها وزنية فحرمة ربا الفضل بالوصفين جميعا وحرمة النساء باحدهما والنساء بالمدلس غير قال الشافعي
الجنس بانفراده لا يحرم نسيئة وقد دليل عليه وايضا اول الدليل على نفيه وهو ما عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامرني ان اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل وما
يكون سماء عن ابن عمر انه باع بعيرا باربعة الى اجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصيفير بعشرين بعيرا الى اجل والمعنى ان التاجيل في احد البدلين يظهر التفاوت
فيه حكما والتفاوت حقيقة كثيرا منه حكما وكان التفاوت حقيقة في الاموال ان باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا
فالتفاوت حكما [illegible] وبهذا المعنى [illegible] بالنقدية الى آخره ولنا انه مال الربوا نظرا الى القدر والجنس وعرف الى النقدية اوجبت فضلا في المالية حتى تعورف
البيع بحال [illegible] بالمؤجل فتحقق بوجوده شبهة علة الربوا فتثبت شبهة الربوا وشبهة الربوا مانعة كحقيقة الربوا بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان
ثمن التساوي [illegible] الصبرتان في الرؤية وليس فيه الا شبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر متساويين لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان
العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربوا والريبة وكذا الاتفاق على ان لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعول
في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما اخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاوصاف فبيعوا كيف شئتم بعد ان
يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية ابي داؤد من قوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما
يدا بيد واما النسيئة فلا واخرج ابو داود ايضا قال حدثنا موسى بن اسماعيل ثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان
بالحيوان نسيئة فقام دليلا على ان وجود احد جزئي علة الربوا علة لتحريم النساء ثم علمنا بان فيه شبهة الربوا اعني الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكرنا من ان
للشبهة حكم الحقيقة ان يحرم باحد الوصفين التفاضل ايضا لان لشبهة العلة حكم العلة فيثبت بشبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما ثم
تقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح ويجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربوا لما كان مقتضى ما ذكر ان لا يجوز اسلام النقود من
الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع اجاب بالفرق بان الوزن في النقود وتلك الاموال
مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم والسنجات وفي الزعفران بالامناء والقبان وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو ان
النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له ان يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم او دنانير
موازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له ان يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن في مثله فاذا اختلفا اي النقد
والزعفران ونحوه فيه اي في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وقوله صورة ومعنى وحكما نشر
مرتب بعد اللف ولا يخفى ان تعينهما بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول بان الزعفران والمسك
ربما يوزن في السنجات ايضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران وشبهه لا يجوز ان اراد انه بعدما اتزنه من بائعه وقبضه
ليس له ان يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له ان يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع ان يزنه الآخر لتسليمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا القول في الدراهم
اذا قبضها [illegible] ان يقال اذا باع العبد بالدراهم حتى كانت ثمنا وباعها ان يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف
في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك في اصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا ان يقال
تحريم الجنس بانفراده الى اسمع كما ذكرنا والحق تاثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كيلا ينسد اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات
بخلاف النقد لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلف اجناسها كاسلام حديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من ان يكون وزنيا بالصنعة
الا في الذهب والفضة ولو اسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من ان يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين
بمثله من جنسه يدا بيد متجانسا كان او حديدا ان كان احدهما اثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيه ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان
صورة الوزن منصوص عليها فيها فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة وآمدوا انه ينبغي ان يجوز اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير خلاف



طريقة الوزن اجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعها قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل
وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي رحمه الله ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا فاختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص باختلاف المقصود والحنطة
والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي رحمه الله وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان
اسما ومعنى وافراد كل من الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على انهما جنسان والا قال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم
يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب ان جميع ما يصدق عليه يكون متماثلة كالحيوان يطلق على امور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك ان
يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروي المنسوج ببغداد
وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص وما اشبهه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن
والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ
مطيب لان الطيب زيادة قال وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل
فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب
والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دالة وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد
تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على
ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله
عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم انهما تماثلا في الكيل
ايضا وكما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف لان العرف جاز ان يكون على باطل كتعارف
اهل زماننا في اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه
فقط والنص حجة على الكل فهو اقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا ان
ما يعتاده اهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز وما لم ينص عليه عليه السلام فهو محمول على عادات الناس في الاسواق لانها
اي العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف
بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي ان ما كان مستخرجا من اصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف وعلى خلاف المنصوص
عليه ايضا لان النص على ذلك الكيل في الشيء او الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم واجيب بان
تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا
لا يلزم ابا يوسف لان قصاراه انه كنصه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطاري بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله
عليه وسلم حيا نص عليه وزان ما ذكرنا في سنية التراويح مع انه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى
لولاه لواظب حكم بالسنة مع عدم المواظبة لانا آمنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنة وكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة اخرى تغير
النص والله اعلم فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل
لو كان بالمعيار المنصوص عليه كما لو باع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في احدهما وقوله الا انه الى آخره استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل ابدا اي يلزم ان يتصرف
فيه بالكيل ابدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق

لتفاوتهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان الاصح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فما لم يكن فى ذلك المسوى التحق بالجزاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوى وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل ان فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله فى الكافى الفتوى على عادة الناس يقتضى انهم لو اعتادوا ان يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغى ذلك بل اذا اتفقا على معرفة كيل او وزن ينبغى ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفى جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزنا فى المكيلات وكذا عن ابى يوسف فى الموزونات كيلا انه يجوز وكذا اطلقه الطحاوى فقال لا باس بان يسلم فى المكيل وزنا وفى الموزون كيلا فهذا المعنى الذى ذكره فرق بين الكيلى نصا والوزنى عادة وقلبه فاما الوزنى ربوا نصا وعادة كما فى الاثمان من جنس واحد حديدا او ذهب او فضة احدهما اكثر وزنا من الآخر ففى الاثمان من غير النقدين يجوز بيع احدهما بالآخر اذا كانت العادة ان لا يباعا وزنا لانه عددى متقارب وفى اوانى الذهب والفضة لا يجوز فانه يجرى فيهما ربوا الفضل وان كانت لا تباع وزنا فى العادة فان الوزن فى الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير بالصنعة بالعادة واما فى الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضا من ان يكون موزونا بالعرف قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى معناه ما يباع بالاواقى لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى هذا فى التحقيق تفسير لبعض الفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ يقدر ولم يشتهر فيها انها اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر فى المن والقنطار او الى المكيل كما فى الصاع والمد فلا يدرى هذه الاسماء من قبيل الوزن فيجرى حكم الوزن على المبيع او المكيل فيجرى عليه حكم الكيلى وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فافاد ان المنسوب اليها من المبيعات وزنى فيجرى عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بمكيل متساويين يعرف قدرها كيلا ولا يعرف وزن ما يحلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما فى الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويا الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قدمنا ان اموال الربوا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعى كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب تعلقهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية مختلف فيهما عرف الامصار تختلف فى المصر الواحد من المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثنى عشرة درهما فوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفى مصر مائة واربعة واربعون درهما وفى الشام اكثر من ذلك فهو اربعة امثاله وفى حلب اكثر من ذلك وفى تفسير ابى عبيد الرطل بمائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقى الذى قدر به نفقات كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم فى الاسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل فى عرف ديار مصر والشام واقطاره اثنى عشر اوقية وربما كان فى غيرها عشرون اوقية ونحو لا يشكل اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفى زمنه صلى الله عليه وسلم كانت اربعين درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفى نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع اسماء آخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف وسهول تغيرون الحال وقوله بمكيال لا يعرف وزنه الخ عرف تقريره قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء ومعناه يدا بيد وسنبين الفقه فى الصرف ان شاء الله قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعى فى بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام فى الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رض وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا فى المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان ذهبا وفضة بجنسه وبغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوى والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم ولا اجل كذا ذكره وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو اسقط الخيار والاجل فى المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر فان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوى واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربوا الا هاء وهاء وروى ابن ابى شيبة من حديث ابن عمر رض



عن عمر الذهب بالذهب ربوا الا هاء وهاء والورق بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء ورواه اصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر الخ وهاء ممدودة من هاء والف وهمزة بوزن باع مبنى على الفتح ومعناه خذه يعنى هو ربوا الا فيما يقول كل منهما خذ لصاحبه ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسرناه يعنى يدا بيد فى الحديث المتقدم ثم قال وما سواه اى ما سوى عقد الصرف مما فيه الربوا من بيع الاموال الربوية بجنسها او بخلاف الجنس لا يشترط فيه التقابض يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعى فى بيع الطعام اى كل مطعوم حنطة او شعير او لحم او فاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولانه ح يقع التعاقب فى القبض وللنقد مزية فيكون كالمؤجل او يحصل التفاوت فى البدلين ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فى صحة بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية اخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه فى مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد اربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل بقوله يدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق فى الصرف ثم استدل به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك او للحقيقة والمجاز والجواب انه فسر هاء وهاء بيدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض فى الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين ايضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض فى الصرف لانه يتعين فيه لان الاستدلال لا يكون الا بغيره لما قلنا انها لا تتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن بقى ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس اولى من قلبه واجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للمجمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهى تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدفعه بمنع الاجمال بل هو ظاهر فى التقابض فيجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربوا باب احتياط فيجب ان يحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رض كذلك فى الصحيحين ان مالك بن اوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار فاخذ طلحة الذهب يقلبها فى يده ثم قال حتى يأتى خازنى من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزى على اشتراط التقابض على ابى حنيفة وكيف معنى ها خذ وهو من اسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قائل تحرج لى من بعضها السفار ثم تقول من بعيدها واما ما نقل من قياس الشافعى على الصرف فى اشتراط التقابض فدفع بان الاسم ينبئ هناك عن صرف كل الى الآخر فى يده والمعانى الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس فى الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه فان الدليل السمعى الى الوجه الذى قررناه يستقل بمطلوبه قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعى يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابى حنيفة رح وابى يوسف رح وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدراهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ فى نقضه فى حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالى بالكالى وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين الخ ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد وهى من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة فى بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين او تمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا احدهما دينا وصورة اربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما

لا يجوز لان الفلوس الرائجة اموال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون احدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربوا وان باع
فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والا امسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر او سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته ويرجع اليه عين
ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه احدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر
فضلا بلا عوض يستحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد واصله ان الفلس لا يتعين
بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت
اثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان ثمنيتها في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين
بالتعيين فيصير ورها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين
مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها اجيب بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان يصير ثمنا باصطلاحهما
لو وقع اصطلاحهما على خلاف الاصل بخلاف الناس واما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنيا وان صار عروضا جواب
عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه ح بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على امرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار
ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية لثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض
بخلاف الدرهم بدرهمين لان النقود للثمنية خلقة بخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالي بالكالي وقد نهي عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما
لو كان كون المبيع او الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك الا ترى ان البيع بالنقود بيع بالعين بعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف
ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالي قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وفي الفائق كلأ الدين بالرفع كلوءا فهو كالئ اذا تأخر قال الشاعر
وعينه كالكالي الضمار ✲ بحور جلاد بريد بعينه عطيته الحاضرة ✲ كالمتأخر الذي لا يرجى ومنه كلأ الله بك واكلأ العمر اكثر تأخيرا وتكلأت كلاءة استنسأت
نسيئة وحديث النهي عن الكالي بالكالي رواه ابن ابي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن
ابن عمر رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالئ بكالئ وضعف احمد موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو رأى شعبة ما رأينا
منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن
عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الربذي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالئ بكالئ والحديث
لا ينزل عن الحسن بلا شك قال **ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل
لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل** قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي دقيقها بوجه
من الوجوه ولا بالسويق اي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة
بين الحنطة ودقيقها وان انتفت اسما وصورة ومعنى موجودة فان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لانهما
من اجزاء الحنطة وانما لم يقل اجزاؤها لان من اجزائها النخالة ايضا فالحنطة تكسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل
لا يوجب التسوية بينهما لان يعارض ذلك لانكسر صارت اجزاؤها متكسرة فيه اي في الكيل لي نغمة انضماما شديدا والقمح بالكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة
بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع احدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال او حرمة الربوا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل ان يتفق كيس
في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل متساو وقولنا قول الشافعي في الاظهر
منه سفيان الثوري واحمد في رواية خلافا لمالك واحمد في اظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت اجزاؤها فاشبه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عدم
العلم بالمساواة يبروش الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا ان الشافعي اجازه لان النخالة ليست من اموال الربوا لانها لا تطعم وقولنا المعيار



في الحنطة والدقيق في الكيل لا يراويه الا فيما اذا بيع بجنسه اما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك **ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة ره متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا
بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود وقلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي
بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة** قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا وهو قول احمد وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا و
منع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم
مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا
على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع
والثمار وفيها ايضا سواء كان احد الدقيقين اخشن وادق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح ابي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة
والذي في الخلاصة احسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا متماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار
عند ابي يوسف بان كانت النخالة الخالصة اكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المص وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز لانه لا يجوز بيع الدقيق نوع من الحنطة او الشعير
بسويق ذلك النوع عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا اما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه وعندهما يجوز بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا
لان دقيق الحنطة وسويقها مثلا جنسان وان رجعا الى اصل واحد لاختلاف المقصود واختلافا كثيرا بالقلي والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل ان يصنع
خبزا او عصيدا او اطرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو ان يذاب مع عسل ويشرب او يلت بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق
واذا كانا جنسين جاز بيع احدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وابو حنيفة منع انهما جنسان وله طريقان احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة الغير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك
ليس الا لاعتبار اتحاد الجنسية وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز احدهما فيه دون الآخر والدقيق اجزاء غير المقلية والسويق اجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة
الا بتكسيره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المص ان بيع الحنطة الغير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق
وليس ذلك الا لاستلزامه ربوا الفضل وربوا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق
والسويق ثم تمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قولهما اختلف المقاصد وذلك اختلاف الجنس قلنا اعظم المقاصد متحدة فيه وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها الذي
هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع احدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من
المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة والهريسة والطحن فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اي الجيدة السالمة من السوس مع المسوسة ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة
يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من ان الكيل لا يسوي بينهما واما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فيه قيل يجوز اذا تساويا كيلا ذكره
في الذخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه ان النار قد تأخذ من احدهما اكثر من الآخر والاول اولى ومسوسة بكسر الواو كانها هي سوست اي ادخلت السوس فيها قال
**ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة ره وابي يوسف ره وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه
من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون
بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن
في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير** قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان او لا
مساويا لما في الحيوان او لا بشرط التعيين اما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية
يجوز كيف ما كان وان من جنسه كلحم شاة بشاة حية يشترط ان يكون اللحم المفرز اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط اذ
لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما لزيادة السقط ان كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل مما في الشاة فصار كبيع الخل بالمهلة

وهو من السمسم بالسمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل اما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيف ما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة واما على قول محمد فانما يجوز لان اللحم بزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي واحمد لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال كقول ابي حنيفة وابي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك واحمد رح يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فغاية اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدرية انما يمتنع النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة فليس فيه احد المقدرين الشرعيين الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى بخلاف الدهن والسمسم لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الثجير ثم يوزن الثجير هذا على التنزل والا فهما على ما قال غير المص يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين اخذا من قوله تع فكسونا العظام لحما ثم انشأناه خلقا آخر اي بعد نفخ الروح فعلم ان الحي مع الجماد جنسان فيجوز بيع احدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم ان السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومعه ضعيف وقوي فمن القوي ما رواه مالك في الموطا وابو داؤد في المراسيل عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد حجة بالاتفاق قال ابن خزيمة ثنا احمد بن حفص السلمي حدثني ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن الحجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن اثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد وانت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا واسند الشافعي الى رجل مجهول من اهل المدينة انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع حي بميت واسند ايضا عن ابي بكر الصديق رض انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان ويسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وابي بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون وحديث ابي بكر رض لعله بالمعنى فان مشائخنا ذكروه عن ابن عباس رض ان جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابي بعناقة فقال اعطوني بهذه العناق لحما فقال ابو بكر رض لا يصلح هذا وتأولوه على انه كان من اهل الصدقة نحر ليتصدق

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي رح واحمد رح لا يجوز فقد تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز واما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطا عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن ابي وقاص انه سئل عن البيضا بالسلت فقال سعد ايتهما افضل قال البيضا قال فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منه فيه على علة وهو كونه ينقص في احد البدلين في ثاني الحال عن المساواة من طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي حنيفة رح ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدي له رطبا وكل تمر خيبر هكذا فسماه اي سمى الرطب تمرا وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا اخرج الشيخان في الصحيحين عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بني عدي الانصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان لفظ آخر انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع اصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف



لا يأكل تمرا فاكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف سنذكر تمامه ثم قال المص ولانه ان كان تمرا هذا اللفظ يحكى عن ابي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا اشداء عليه لمخالفة الخبر فسألوه فقال الرطب اما ان يكون تمرا او لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاوردوا عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه واستدل المص بقوله ضعيف عند النقلة وغلط بعض الشارحين المص قوله زيد بن عياش بان المذكور في كتب الحديث زيد ابو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي المخرج ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش ابو عياش الزرقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به باس وغير مشائخنا ذكروا ان ابا حنيفة انما قال هو مجهول وقدر ترديده بين كونه تمرا او لا بان هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما وكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وانما يسوى في حال اعتدال البدلين وهو ان يجف الآخر وابو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبه امرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانا في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز احدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلل كثير وطعنه في ابي عياش ايضا بانه ثقة كما نقلناه آنفا من قول صاحب التنقيح وايضا روى عنه مالك في الموطا وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن ابي انس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه ائمة هذا الشان وقد اخرج عنه حديثه مالك في الموطا مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام ابو حنيفة زيد بن عياش مجهول وان كان هو لم يعرفه فقد عرفه ائمة النقل ثم ذكر ما ذكرناه وقد اجيب ايضا انه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث ابي عياش هذا زيادة نسيئة اخرجه ابو داؤد في سننه عن يحيى بن ابي كثير عن عبد الله بن يزيد ان ابا عياش اخبره انه سمع سعد بن ابي وقاص يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن ابي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسمعيل بن امية والضحاك بن عثمان وآخر وانت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يروها الا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول ونحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر ان الحال كذلك فالاصل انه قال في مجالس ذكر في بعضها ما ترك في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة اينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكروا ان فائدته ان الرطب ينقص الى ان يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الاشفاق مبني على ان السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه

قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال وابو حنيفة رح يعتبر في الحال وكذا ابو يوسف رح عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

قوله وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف عند ابي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله والوجه ما بيناه لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اينقص اذا جف باعتبار اشتماله على العلة المبنية عليها ولابي حنيفة الزبيب اما من جنس العنب فيجوز متساويا او لا فيجوز مطلقا ونقل القدوري رح في التقريب عن ابي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر ابو الحسن ان عندهما لا يجوز الا على الاعتبار

وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية فانه لا يجوز البيع لان القلي الكائن بصنع العباد ولعدم اللطافة التي كانت الحنطة بها مثلية بخلاف التفاوت
الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب اربع روايات لا يجوز اتفاقا ويجوز اتفاقا وهي
رواية ابي جعفر هي على الخلاف وبين رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لابي حنيفة
على رواية الجنين المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا فاما الرطب بالرطب
فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال مالك واحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز
والكمثرى والرمان والاجاص لا يجوز بيع رطبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان احدهما اكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلا
الاخضر بمثله لان بين الباقلا من قصاربة تفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة والمبلولة باليابسة
يجوز وكذا بيع التمر المنقع في الماء والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع
اسم مفعول من انقع الزبيب في الخابية فهو منقع واصله ان محمدا يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل عند الجفاف كما اشار اليه حديث سعد وذلك
ينتفي في المبلولة والرطبة مع مثلها او اليابسة اما بيع اليابسة فظاهر واما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل قال الحلوائي الرواية محفوظة عن محمد ان
بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت اما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وابو حنيفة وابو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي
في الحال عملا باطلاق الحديث اي حديث عبادة بن الصامت وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا من حديث سعد بن
ابي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة
عيب في المبسوط ذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض بالتقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد
معتبر في المنع والاصل الخلقة لا بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد اجيب بان الحنطة في اصل الخلقة رطبة
وهي مال الربوا اذ ذاك والبلل بالماء يعيدها الى ما هو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف المقلي ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول من بيع الحنطة بالحنطة الى هنا حيث
منعه وبين الرطب بالرطب حيث اجازه وكذلك العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله ان التفاوت ان ظهر مع بقاء الاسم عن البدلين او احدهما فسد العقد
وان ظهر بعد زوال الاسم عنها لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم
التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وما في معناها لا يتغير فظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع ولو باع البر بالتمر متساويا يجوز ومتفاضلا
لا يجوز لان البر تمر بخلاف الكفرى وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا كم النخل وهو اول ما ينشق حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اي كيلان من التمر
بكيل من الكفرى وقيل لانه ليس بتمر لان الكفرى لم ينعقد بعد فيه صورة التمر وهذا الاسم اعني التمر من اول ما يقابل في صورته ما ينعقد صورته لا قبله وبهذا استدل
بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر وورد عليه انه لو حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا لا يحنث فكان غيره فاجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسألة مسطورة
في الكتب المذهبية المشهورة بانه لا يحنث وكذا ادعى انه يحنث فيما اذا حلف لا ياكل تمرا فاكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه ان الايمان مبنية على العرف
وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح ان اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد الى ان يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول
وقوله والكفرى عددي متفاوت الخ جواب سؤال هو انه اذا لم يكن الكفرى تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال الكفرى عددي متفاوت
بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا ان يشترى به نسيئة بالجهالة فتفتح المنازعة **قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى**
**يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن**
**موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة**
**فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف**



ما كان بالاجماع قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوم انه اكثر مما في الزيتون والسمسم فلو جهل او علم انه اقل او
مساو لا يجوز فالاحتمالات اربع والجواز في احدها بانه اذا كان اكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد والزائد منه بمقابلة الثجير وفي فتاوى قاضي خان انما يشترط
ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثفل في البدل الآخر شيئا له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد روي
ذلك عن ابي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير نقصانه
والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع اصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم ان المجانسة تكون باعتبار
ما في الضمن فيمتنع البيع كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم ويكتفى باعتبار ما اضيف اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى
يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد واصلهما واحد هو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف
المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان اصلهما اللوز يطبق بالزهر والبان مدة ثم يعتصر اللوز فيخرج منه دهن فاحت الرائحة
فيجوز بيع احد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا لو ضم الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى اجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مربى وعلى هذا يجوز
بيع رطل لوز مطبق برطلي لوز غير مطبق وكذا يجيزون بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب
فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجوز الدهن المطيب وغيره الا مثلا بمثل وداود انه ينبغي ان يجوز بيع السمسم بدهنه بلا وجه كان
لان الدهن وزني والسمسم كيلي اجيب بانه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن فكان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا
لكل من دهنه وثجيره الى خلاف جنسه اجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسألة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله والجوز بدهنه واللبن بسمنه
والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس اكثر مما خرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان
للثفل القيمة والظن ان لا قيمة لثفل الجوز الا ان يكون بيع بقشره فيوخذ وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله اعلم واختلفوا في القطن
بغزله فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز الا متساويا لان اصلهما واحد وكلاهما
موزون وان خرجا او احدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب والقطن بالثوب جائز على كل حال وقال المص بالاجماع وعن محمد ان بيع القطن
بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا وكذا عن ابي حنيفة الصائغ ذكر انه لا باس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر مما
في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب واما في الغزل فكانه لا يكون الفاضل من القطن المفرد
بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات **قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم**
**الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي**
**لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة**
**قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم**
**جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا**
قوله ويجوز بيع اللحمان بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها اجناس مختلفة لاختلاف اصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة
تصيره جنسين اما البقر والجواميس فجنس واحد لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا المعز والضان والعراب والبخاتي لا يجوز بيع شيء منها مع الآخر متفاضلا لاتحاد
الجنس واما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس بمال الربوا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج
والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الخ يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب الاهلية والوحشية جنس
واحد والبحريات وكذا البان البقر والغنم يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين وعن الشافعي ان اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود

من الاكل وهو التغذی وهذا قول الشافعی غير المختار والصحيح من قوله انه مثل قولنا ثم رجع هذا القائل بان اصولها مختلفة الاجناس وكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة
فانها تعد اجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا ويجوز بيع خل وقل بخل العنب متفاضلا وكذا عصيرها لاختلاف اصلهما جنسا وتخصيص جنس الدقل
وهو روی التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذی كان فی العادة يتخذ خلا واما شعر المعز وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا
واحدا لما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فانما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الامور المتنوعة ثلاثة اشياء اختلاف
الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل فی الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر الى المقاصد اختلاف فيجوز متفاضلا
فينبغی ان لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح المحرم وههنا ليس كذلك فانه لا يقاوم الصورة المعنی والزم على
تغليب جانب المعنی كون الالبان البقر والغنم والابل جنسا واحدا لاتحاد المقصود واجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتاتی منه ذلك وكذا
اعراض الاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضان وكذا فی الابل من الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع اناء صفرا الصنعة
وحديدا احدهما اثقل من الآخر وكذا قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وجوزة بجوزتين وسيف بسيفين ودوة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من احد النقدين فيمتنع التفاضل
وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة ويجوز بيع شحم البطن بالالية او باللحم واللحم بالالية متفاضلا لانها اجناس لاختلاف
الصور والاقتصار والمعانی والمنافع اختلافا فاحشا واما شحم الجنب فنحوه فتابع للحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن
يجمعهما واما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيف ما كان لا نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق
متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابی حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوی
على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابی يوسف رح وعليه الفتوی وكذا السلم
فی الخبز جائز فی الصحيح ولا خير فی استقراضه عددا او وزنا عند ابی حنيفة رح لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر وعند
محمد رح يجوز بهما للتعامل وعند ابی يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت فی آحاده قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا يدا بيد قيل وهو
ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان الخبز صار عدديا فی عرف او وزنيا فی عرف آخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فينفرض كون الجنسية جمعتها
اختلف المقدار فيجوز التفاضل والدقيق ايضا مكيل فكذلك او وزنی على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا له ثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروی
عن ابی حنيفة رح انه لا خير فيه وهذه العبارة تفيد نفی الجواز بطريق التاكيد وللكثرة فی النفی وبهذا القول قال الشافعی واحمد لشبهة المجانسة اذ فی الخبز اجزاء الدقيق
او ان الدقيق بعرض ان يصير خبزا فتشترط المساواة ولا يدری ذلك والفتوی على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتاخرين المتحدين عددا او وزنا كيف ما اصطلحوا
عليه وهذا اذا كانا نقدين فاما بيعهما نسيئة فان كانت الحنطة نسيئة او الدقيق بان اسلم الخبز فيهما فدفعه نقدا جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة بان اسلم حنطة او دقيقا فی
خبز لم يجز عند ابی حنيفة رح لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت فی الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددی عنده ويكون منه الثقيل والخفيف ويجوز عند
ابی يوسف لانه وزنی او يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات منضبوط نوعها وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار
مهدر واختاره المشائخ للفتوی اذا اتی بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتی يقبض من الجنس الذی سمی حتی لا يصير استبدالا بالمسلم
فيه قبل قبضه اذ قبض يجوز اما هو دون ما سمی صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط فی منعه لانه قلما يقع الاخذ من النوع المسمی خصوصا فی من يقبض المسلم فيه فی ايام
متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل ان لا يصير مستبدلا ولا خير فی استقراض الخبز عند ابی حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور باعتبار كونه
جديدا او عتيقا والتقديم فی التنور والتاخير عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع ابو حنيفة السلم فيه وباب السلم حتی جاز فی الثياب ولا يجوز استقراضها
فهو لاستقراضه امنع وعند محمد رح يجوز بهما ای عددا او وزنا للتعامل بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الی ذلك بين الجيران وعند ابی يوسف يجوز وزنا
لا عددا للتفاوت فی آحاده [illegible] قول [illegible] الجيران [illegible] اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتاخرون الفتوی على قول ابی يوسف

ابی یوسف



وانا ادری ان قول محمد حسن قال ولا ربوا بين المولی وعبده لان العبد وما فی يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان ماذونا له ولم يكن
عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق لان ما فی يده ليس ملك المولی عند ابی حنيفة رح وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبی
فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قوله ولا ربوا بين المولی وعبده ای الماذون غير المديون لانه وما فی يده لمولاه فلا يتحقق الربوا لعدم تحقق البيع وكذا
المدبر وام الولد فان كان عليه دين لا يجوز ای البيع بطريق الربوا اما عند ابی حنيفة فلعدم ملكه لما فی يد عبده الماذون المديون فهو اجنبی عنه فيتحقق الربوا بينهما
وعندهما انه لم يزل ملكه عما فی يده لكن تعلق بما فی يده حق الغرماء فصار المولی كالاجنبی عنه فيتحقق الربوا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه وفی المبسوط ذكر انه لا يتحقق
الربوا بينهما مطلقا ولكن على المولی ان يرد ما اخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة البيع وكذا لو كان اشتری
منه درهما بدرهمين او لا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا فی كسبه فيجری الربوا بينهما قال ولا بين المسلم والحربی فی دار الحرب خلافا
لابی يوسف رح والشافعی لهما الاعتبار بالمستامن منهم فی دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربی فی دار الحرب ولان مالهم مباح
فی دارهم فبای طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان
قوله ولا بين المسلم والحربی فی دار الحرب خلافا لابی يوسف رح والشافعی ومالك واحمد وعلى هذا الخلاف الربوا بين المسلم الاصلی والمسلم الذی اسلم فی دار الحرب
ولم يهاجر الينا فلو باع مسلم دخل اليهم مستامنا درهما بدرهمين وكذا اذا باع منهم ميتة او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل كل ذلك عند ابی حنيفة ومحمد خلافا
لابی يوسف رح ومن ذكرنا لهم اطلاق النصوص فانها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستامن منهم فی دارنا فان الربوا يجری بين المسلمين وبينه
وكذا الداخل منا اليهم بامان ولابی حنيفة رح ومحمد ما روی انه صلى الله عليه وسلم قال لا ربوا بين المسلم والحربی فی دار الحرب هذا الحديث غريب ونقل ما رواه
مكحول عن النبی صلى الله عليه وسلم انه قال ذلك قال الشافعی قال ابو يوسف انما قال ابو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا ربوا بين اهل الحرب اظنه قال واهل الاسلام قال الشافعی وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه اسنده عنه البيهقی قال فی المبسوط هذا مرسل
ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان ابا بكر قبل الهجرة حين انزل الله الم غلبت الروم الآية قال له قريش ترون ان الروم تغلب قال نعم قال فهل لك ان
تخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبی صلى الله عليه وسلم فقال النبی صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم وزد فی الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فاخذ ابو بكر خطره فاجازه
النبی صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين ابی بكر ومشركی مكة وكانت مكة دار شرك فلان مالهم مباح واطلاق النصوص فی مال محظور وانما يحرم
على المسلم اذا كان بطريق الغدر فاذا لم ياخذ غدرا فبای طريق ياخذه حل بعد كونه برضی بخلاف المستامن منهم عندنا لان ماله صار محظورا بالامان فاذا اخذه
بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الزنا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص اما المال فيباح بطيب النفس واباحته
وهذا لا يفيد لمعارضته اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا يجوز فاثبات قيد زائد على المطلق من نحو
لا تاكلوا الربوا ونحوه هو الزيادة لا يجوز ويدفع بالقطع بان المطلقات مرادا بها المال المحظور وحق ما لك دار الحرب ليس بمحظور الا لتوفی الغدر فجاز فهذا التقرير
فی التحقيق يقتضی انه لو لم يرد خبر مكحول اجازه النظر المذكور اعنی كون ماله مباحا الا العارض لزوم الغدر الا انه لا يخفی انه انما يقتضی حل مباشرة العقد اذا كان الزيادة
ينالها المسلم والربوا اعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام فی الوجهين اه كذا القمار قد يفضی الی
ان يكون مال الخطر للكافر بان يكون الغلب له والظاهر ان الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب فی الدرس ان مرادهم من حل الربوا والقمار ما
اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الی العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله اعلم بالصواب

باب الحقوق محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قال ومن اشتری منزلا فوقه منزل فليس له الاعلی الا ان يشتريه بكل حق
هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشتری بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الاعلی ومن اشتری دارا بحدودها فله العلو
والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل

فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه
مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه
بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف
لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكره على ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من
غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل حاصل ما هنا ان الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت اصغرها
ويسمى المسقف واحد جعل للبيات فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليز والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان
قال بكل حق هو له او بكل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مثله في انه مسقف يبات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ما هو ادنى منه واورد
المستعير له ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب له ان يكاتب عبده فاجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له
ان يملك كذلك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار احق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من اكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على
بيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل للدواب فيكون البيت
دونه فصلح ان يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسم الخاص وهو ان يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه او منه او بكل
حق له او بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة ادير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحراء
للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة
على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح اما الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والآخر على دار اخرى او على اسطوانات
في السكة ومفتحها من الدار المبيعة فعند ابي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل او كثير هو فيها او منها لانه اي الظلة باعتبار
الساباط مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل بلا ذكر زيادة ولان مفتحها اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع
قالوا هذا في عرفهم اي عرف اهل الكوفة اما في عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو او منزلا لكن لا يخفى ان كل مسكن يسمى خانه في
بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت وغيره الا دار السلطان تسمى سراى قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه
بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد
للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه
لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة قوله ومن اشترى بيتا في دار او منزلا فيها او مسكنا فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار
الى ذلك المشترى الا ان يشتريه بكل حق او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها وفي المحيط المراد بالطريق
الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة او الى طريق العام فيدخل وكذا ما كان له في حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة قال
فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة او مسيلها في دار اخرى لا يدخل في غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا ان تعليله بقوله
لانه ليس في هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه
الدار انما اشترى شيئا معينا منها فلا يدخل ملك البائع او ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال خان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشتري لا يستحق
الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب وكذا لو كانت له جذوع دار اخرى على الدار المبيعة فان كانت تلك الدار للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره
كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار اخرى او مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء
وان كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب قوله بخلاف الاجارة متصل بقوله لم يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها

الانتفاع



الانتفاع فلا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها بل ليبيعها او يستتجر فيها او يأخذ نقضها
فلم يتعين فائدة المبيع فلا يلزم ولهذا اجاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا لو استاجر علوا واستثنى الطريق
فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق ولو استحق العلو ثم اجيز البيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية
ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين الرجلين وفيها صفة فيها
بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح
بابه فيما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه من ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق تحريا بجواز
القسمة كما ادخلتموهما تحريا بجواز الاجارة اجيب بان الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به للانتفاع والاجر انما يستوجب اذا تمكن
المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع اما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك
المشترك فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر لتضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط
الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك وله الطريق والمسيل وفي القسمة
اذا ذكر الحقوق وامكنه التطرق والتسييل فيما اصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما اصابه فطولب بالفرق والفرق ان البيع ايجاد الملك من العدم لقصد
الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشتراطه تم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشترك فيه
احد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق
والمرافق والله اعلم

**باب الاستحقاق** حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام ابواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهر ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه
ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة
حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة
صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد
واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا
قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فان كان ببينة استحق ولدها معها وارشها ان كان وان كان باقرار المشتري لها لا يستحق الولد ذلك ووجه
الفرق ان البينة حجة مطلقة اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فانها كاسمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود
لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا قبله وقبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة
بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة لانه يثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى
احدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الاخير لا نتاجه الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان
الذي نسب عليه اظهار البينة الملك فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة على المقر لا يتعدى الى غيره ولانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع
بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى
اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه له وهو الولد واذا قلنا ان
الولد المستحق بالبينة يقضي القاضي بالام بل تدخل في القضاء فيصير هو ايضا مقضيا به قيل نعم تبعا كما ان ثبوت استحقاقه تبعا وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد ايضا
لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف واليه تشير المسائل التي ذكرها محمد فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل

ولم يعلم الزوائد لا يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل فحيث لم تدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف
انه يشترط القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على
اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بان غاية ما في الباب ان يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضا عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا
ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المنسوخ لا تلحقه الاجازة فاستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم
وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لاجرم لو اشترى
عبدا قد اقر ايضا انه ملك البائع ثم استحق في يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل ونقله عن شرح قسمة
خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لم لا يجوز ان يكون دليل
عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل احدهما اما العين
او البدل بان يجيز فيملك البيع ويصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس بملزوم لعدم الرضا بالبيع بل المحقق انه ملزوم لعدم الرضا بذهابه بذهاب بدله عنه واما
ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا انه اخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك انه
اذا اتصل باثبات الاستحقاق اخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد ان يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضى بالبيع والالم يأخذه واجازه فاين هذا من
مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر لك فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا اله غيره ولا نرجو الا خيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق
المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل
ينفسخ بالقضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بائعه يصح وقال
شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روي عن ابي حنيفة انه لا ينتقض
ما لم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا ان يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشتري واراد المشتري نقض
البيع من غير قضاء ولا رضى البائع ليس له ذلك لان احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز
فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك او المراد ان يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق واخذ المبيع
واستمر غير مجيز انفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما تمكن فيه من الاجازة ولم يجد دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع قال ومن اشترى عبدا فاذا

هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو
رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما
لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسئلة
الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند
تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضامنا للسلامة كما هو
موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل
الامر به ضامنا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق
يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض تفسد الدعوى وقيل
ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان
كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق

قبل



قبل الكتابة قال ومن ادعى قوله ومن اشترى عبدا اي اشترى انسانا قال له اشترني فاني عبد فاذا هو حر اي فظهر انه حر ببينة اقامها وان كان البائع حاضرا
او غائبا غيبة معروفة اي يدري مكانه لا يرجع على العبد بشيء من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري
على العبد بما دفع الى البائع من الثمن ورجع العبد على بائعه بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه ادى دينه وهو مضطر
في ادائه بخلاف من ادى عن آخر دينا او حقا عليه بغير امره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال انا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه او
قال اشترني ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشيء ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا وقد كان قال ارتهني فاني عبد الراهن لم يرجع عليه اي على العبد على كل
حال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه او لا يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما اي في البيع والرهن لان الرجوع
بالمعاوضة وهي المبايعة هنا او بالكفالة وليس واحد منهما ثابت هنا بل الثابت ليس الا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي لشخص ذلك وكقول العبد ارتهني
فاني عبده وهي المسئلة المذكورة ثانيا ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي
سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان فكان بتغريره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى
اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فاني قد اذنت له ففعلوا ثم ظهر استحقاق العبد فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد فيجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ما ذاب
عليه دفعا للغرور عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه فلو هلك يقع
استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضامنا لانه ليس تغريرا في عقد معاوضة ولهذا
قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن امن هذا الطريق فقال له اسلكه فانه امن فسلك فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله فمات
غير انه استحق عند الله عذابا بالايطاق وبخلاف الاجنبي فانه لا يعبأ بقوله فالرجل هو الذي اغتر قال المص ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح
لان الدعوى اي دعوى الحرية شرط في القضاء بثبوتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فاجيب من جهة بعض المشائخ
لان هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل فالدعوى ليست بشرط عنده كقولهما في دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج امه على السيد وتحريم اخواتها وبناتها
وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا في حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج
في القضاء بها الى الدعوى واذا لم يحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها وقيل هو اي الدعوى شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي
والصحيح ان دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض لكن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها اما في حرية الاصل فلخفاء
حال العلوق فانه يسبى مع امه او بدونها فلا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية امه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى
ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والمتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق الزوج اياها ثلاثا قبل اختلاعها تقبل وكذا
المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة تقبل مع ان اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار ببقاء العصمة والرق ولم يضرها التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب
ببدل الخلع والكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي اصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي واثبته
بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل فانقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه فخاطه
ينقطع ملك المغصوب عنه من الثوب الى الضمان فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري
بعد ما صار الى حال لو كان غاصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فاقام رجل بينة انها له منذ شهر لا يقضى بها له و
لا يرجع على بائعه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم القميص ولو كان اقام البينة انه كان له قبل هذه الصنعة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا
اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فاقام البينة آخر ان
الرأس والاطراف والجلد واللحم له وقضى بها رجع المشتري على بائعه لان هذا استحقاق عين الشاة حقا في دار معناه حقا مجهولا لا نصالحه الذي

في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم
فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول
على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة قوله حقا في دار اي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا لم يرجع على
الذي صالحه بشيء لتمكنه من ان يقول مرادي من الحق الذي ادعيته او الحق الذي ادعيه هذا الباقي ولو كان ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان
التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على امرين احدهما ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز لان الابراء عن المجهول جائز عندنا
لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والآخر ان صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا اذا اقام به بينة لا تقبل اما
اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة فروع اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه او ادعاه فلان وصدقه هو او انكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع
على البائع بخلاف وكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو اقام
المشتري بينة على انه ملك فلان لا تقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع واذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه
ملك فلان تقبل لعدم تناقضه وبخلاف لو تدعى برهن على الحاجرة الاصل وهي تدعي ذلك او انها ملك فلان وهو اعتقها او دبرها او استولدها قبل شرائها حيث تقبل
ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية فرعها لا تمنع صحة الدعوى باع عقارا ثم برهن ان ما باعه وقف لا تقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك
بخلاف الاعتاق ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت امة في يد المشتري الاخير انها معتقة فلان او مدبرته او ام ولده يرجع الكل الا من كان قبل
فلان اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعاه آخر انه له لا يسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما
حضورهما ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن البائع او المشتري على ان المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو
فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع ان المستحق باعها منه ياخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق
منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند ابي حنيفة وليس له ان يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع
المستحق من بائعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده تقبل ولو استهلكه او رده لا تقبل ولو اقر عند الاستحقاق بالاستحقاق و
مع ذلك اقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى ان يثبت بها ليمكنه الرجوع
على بائعه كذا ذكر رشيد الدين في باب الدعوى بالدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو اقام
بينة على دعواه ثم اقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل
وانكر المدعى عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل ان يقضي القاضي للمدعي ببينته اقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة او بالاقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا
بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين اقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول اظهر واقرب
الى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الا ان تخص تلك بعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها
فيتحصل انه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي على ما جعله الاظهر ان يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة غير ان القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة
عند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي ان يعتبر قضاؤه بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري بالثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء
فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو ابى البائع
ان يامن غائلة الرد بالاستحقاق فابراه المشتري من ضمان الاستحقاق فان لم ارجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء
لا يصح تعليقه بالشرط والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بايعي قبل ان يبيعه مني اشتراه مني فاذا اقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على
بائعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه بائعه منه والله اعلم



فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن ان مدعواه
ان بائعك باع ملكي بغير امري بغصبه او فضوله واحسن المخارج لتتمة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاستعمال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة
لمن يامر بالمعروف انت فضولي يخشى عليه الكفر قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال
الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف
تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن
وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت
دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع قوله ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال
الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك فقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية فصار كبيع الآبق والطير في الهواء في
عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال عم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد بالبيع الذي تجري فيه المطالبة من
الطرفين وهو النافذ والمراد ان يبيعه ثم يشتريه فيسلم بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان
يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا استحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل ياتيني
فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال
حدثنا الحسن بن العرار قال ثنا سفيان عن شبيب بن عرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال ثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن
شبيب بن عرقدة اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى به شاتين فباع احداهما بدينار
وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وروي انه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام
ليشتري اضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه
وسلم بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان اردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه
ولا يضر وان اردت لا انعقاد على وجه التوقف الا ان يرى المالك مصلحته في الاجازة فيجيز فعله او عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو
تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات اما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفى مؤنة
طلب المشتري ووزن الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجته نفسه ودفعها بالبيع لانقطاع
المنقذ لها اذا كان مهاله والعاقد بصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه
المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا القدر ثابتا دلالة اذ كل عاقل ياذن في التصرف النافع بلا ضرر
بسببه اصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرق وباكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة
المستحق بالاجماع فهذا اصل القياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي ان ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد
موقوفا على راي المالك فيثبت هذا القدر فاما نفاذه بلا رايه ففيه اضرار به اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمكة في الماء لا يجوز لعدم
المحل فان الطير ليس مملوكا اصلا قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الآبق منعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف
طلاق الصبي ولو بمال بحق الشرع فانه انزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا واذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح
شرع للتراحم والتعاضد وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى او تزوج امة فان
هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه او اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب ان يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال

عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كان في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع في الحال
ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي ان يلغى لكن لما كان بحيث يرجى صح والنقد سببا في الحال مضافا او عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف تصرف تمليك من اضافة العام
الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة في مثله بيانية اي تصرف هو تمليك او حركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا
اذا صدرت والمتصرف مجيز اي من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج او اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره او اعتق
عبده فاجاز طلقت واعتق وكذا سائر الاسقاطات كالديون وغيرها فكان الاحسن ان يقول تصرف شرعي واما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في
شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو انه لو قال الفضولي بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس
اما لو قال الفضولي اشتريت هذا لاجل فلان فقال بعت او قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف
على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ابقائه الى رضى الغير فقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته او رضاه
بخلاف البيع لم يجد نفاذا قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك
بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة
وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان
عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي
وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ
باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع
جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة
لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قوله الا الاجازة اي للمالك ان كان المعقود عليه باقيا وهو المبيع وكذا المتعاقدان وهما
الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء اربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا يصح اجازة الوارث كما سنذكره هذا فيما اذا كان الثمن دينا اي مما لا يتعين
وهذا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه وانما لم يذكر المالك لانه ذكر ان الاجازة
منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذ الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعة و
في التفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك و المشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزم
الا من لزم حال اهليته والبائع لانه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تلزمه الا حيا والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه واذا اجاز المالك صار المبيع
ملكا للمشتري والثمن مملوكا له امانة في يده او في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه كالوكيل فالاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث انها صار بها تصرفه
نافذا وان لم يكن له من كل وجه فان المشتري من الفضولي اذا اجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا السبب ان الملك البات اذا
طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل بالموقوف ولهذا لو تزوجت امته وطيها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح على اجازة
الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاء بخلاف ابن العم وللفضولي اي في البيع ان يفسخ قبل
اجازة المالك حتى لو اجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد
اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه من نفسه قبل ثبوته عليه بخلاف الفضولي في النكاح ليس له ان يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه
معبر محض اي ناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي
حق ان يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأة برضاها من غائب فقبل ان يجيز زوجها انكحها توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله قبل عقده فضوليا الخ وجه



امرأة فزوجه اختها فان العقد الاول يبطل لطرو البات على الموقوف هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينا فان كان عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعوض
معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا اجاز مالك البيع والثمن عرض فالفضولي يكون مبيع مال الغير مشتريا
للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي يفيده الاجازة انه اجاز للفضولي ان ينقد ثمن ما اشتراه
من ذلك العرض ماله كانه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كالثوب او جارية
فقيمته فيصير مستقرضا للجارية او الثوب القرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة
المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا اداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل بحاله
فكذا ههنا او لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فيثبت في ضمنه كونه مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يضفه الى آخر ووجد الشراء النفاذ
عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فلان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل
شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجزه اما اذا اضافه الى آخر بان قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقال المشتري
هذا المبيع لفلان فانه يتوقف وقوله ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف فان القسمة الموقوفة على
اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز باجازة ورثته هو القياس
والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك بعده فللمالك ان يضمن ايهما شاء البائع او المشتري وايهما اختار برئ الآخر من
الضمان لتضمين تمليكا فاذا ملكه من احدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان اخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري
بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه لانه سبب ملكه وهو غصبه وتقدم عقده وان كان قبض
امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه في الضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه اولا
حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل بيعه ولحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه
ويضمن البائع للمشتري مثل العرض او قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا
وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك
قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز
لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا او هو ثابت
من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري
والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى
الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة
الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة
وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك
وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا
باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق
المشتري منه كذا ذكره هلال رح وهو الاصح قوله ومن غصب عبدا فباعه فاعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم
يذكر خلافا فالكنهم اثبتوا اختلافه مع زفر في بطلانه استحق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال ابو يوسف

ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب ابي حنيفة في صحة
العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا واقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن ابي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن
ابي يوسف ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه ويجيء ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول ابي حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا عتق
بلا ملك لقوله لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك وقت العقد ولو ثبت في الآخرة اي عند الاجازة يثبت مستندا وهو ثابت وقت العتق
من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا من هذا الحديث وقد سلف تخريجه ولهذا اي لاجل ان الشرط الملك الكامل لا يصح ان يعتق
الغاصب ثم يودي الضمان ولا المشتري بشرط الخيار للبائع ثم يجيز البائع البيع وكذا لا يصح مع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع اسرع نفاذا
من العتق حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان بعد ان باع وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولا الطلاق
في النكاح الموقوف حتى اذا اجيز لا يقع المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي امر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم
اجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت والا فلا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر
فيه على ما مر في اول الباب فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فيخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري
والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح اصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب
فيخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا اعتق ثم ادى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك وانما يثبت الملك ضرورة اداء
الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لا انه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا اجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة واما
بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله
وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد بطرأ فيه
البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن او فك الرهن
والجامع انه اعتاق في بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين واما اعتاق المشتري من الغاصب الضمان
فنقول ينفذ كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في وقفه وهو من اصحاب ابي يوسف ذكر فيمن غصب ارضا فباعها فوقفها المشتري ثم ادى الغاصب ضمانها
حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف
جعل شرعا سببا للحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه توقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى ان نجعل سببا في الحال متأخرا حكمه
ان امكن فالبيع ليس مما يعلق فجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر اثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد واما التفويض
فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فانما يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا يتعلق
ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا الا ان شرعيته
لقصد ذلك من انتظام المصالح بينهما الا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الابتناء على ثبوت المقصود ولا هو متحقق هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع
الطلاق بخلاف ملك العتق فانه يجوز ان ينعقد مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم
الملك للعتق وهو ثابت هنا فانا لم نوقعه قبل الملك فحاصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى ان بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك
لانعدام الولاية فكان الاعتاق لا في ملك فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما يوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتاخير لدفع الضرر
عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد المصحح لاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن ان يستخرج من الدليل
المذكور منع انه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري

والطلاق





لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش
كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار
للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة
عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على
اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات
في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب
البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان
ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قوله فان قطعت يد العبد اي عند المشتري من غاصبه حاصل وجوه هذه المسئلة
المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب واما ان لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ
ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا يكون احد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما ان لا يكون
شيء من ذلك ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز وهي اربعة فروع تتفرع على اجازة الغاصب اولها ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغنا
منها والثاني ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذ لم يفت المقصود
عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم ادى الضمان
فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك مستندا الى وقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم يتصدق هذا المشتري
بما زاد من ارش اليد على نصف الثمن لانه اي ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه لما ذكرنا ان اليد من الآدمي نصفه فالذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد
على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمنه وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته واليد من الحر نصف ديته وعسى ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب
له الفضل فانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا القيمة وذكر المص وجها آخر وهو انه فيه شبهة عدم الملك لان الملك في الارش يثبت يوم القطع مستندا
الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك واورد عليه لو وجب التصدق بشبهة عدم الملك في الزائد ينبغي ان يتصدق بالكل لان
في الكل شبهة عدم الملك بعين المذكور في الزائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما يؤثر المنع مع كونه لم يضمن لا بانفراده فدفع بان كونه لم يضمن ليستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة الى
زيادة شبهة عدم الملك اذ لا يفيد شيئا ووزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان
العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود اي الملك حقيقة وقت القطع وانما يثبت فيه
بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب اعتق العبد ثم قطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد
قال المص وهذه اي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو حجة على محمد يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه اعتاق المشتري من الغاصب اذا اجاز المالك
بيع الغاصب فانه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش مملوك بملك موقوف قال والعذر له اي جوابه بالفرق بان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش
كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ ارشها ثم عجز فرد في الرق فان الارش للمولى مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه وكذا اذا قطعت يد العبد في
يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البائع البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر حيث لا يكفي فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع
ما ذكره بقوله فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول اي بيع الغاصب لم يجز البيع اي بيع المشتري من الغاصب من الآخر لما ذكرنا يعني قوله
لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا الى آخره وان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول اي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق
عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف فانه اي الاعتاق لا يؤثر فيه غرر الانفساخ بدليل ان المشتري لو اعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن ابي حنيفة

فيتوقف بيع كما يتوقف الاعتاق ويشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا او غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة اجيب بان هناك معارضا لغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه مشتريه الاول حتى يطلب مشتريا آخر فيتجر والبيع الثاني عرضة الانفساخ فلم ينعقد اصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع اصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات يجوز هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع وفرق العتابي بغير هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة لان العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له بلا انهاء فكان ضررا محضا بحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله فان لم يعلم المشتري ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر واما في القتل فلم يعتبر ايجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فتصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين ان يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وان يفسخه فيصير للبائع فذكر الفرق بانه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح

قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا اشترط طلب المشتري

قوله ومن باع عبد غيره بغير امره قوله بغير امره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فاقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع انه لم يامره مالكه ببيعه او اقام على قول رب العبد ذلك واراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل صحة دعواه وانما يملك بيعه ودعوة اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع المبيع وقبول البينة مبني على صحة الدعوى فحيث لم يصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يامره ببيعه وقال المشتري امرك او ادعى المشتري عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع او الشراء دليل اعترافه بصحته وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر وكذا ليس له ان يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات بخلاف ما لو اقر البائع عند القاضي بذلك حيث حكم بالبطلان ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فلذا صح اقراره بالشيء بعد انكاره اياه الا ان الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة واذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي انه يمضي اقرارهما ان الفسخ يتوقف على القضاء وفرعها ان صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت امرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويبطل عن المشتري الثمن للامر في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يبقى في ذمة المشتري للامر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على ان الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضاء الامر على قول ابي يوسف لا يملك قال رح وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

قوله وذكر في الزيادات الخ صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما له يدعيها لنفسه فان اقر بها للمدعي امر بتسليمها فلا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراره فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله



لزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار كالنكول لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو الظاهر في الملك لو كان مضطرا فالاضطرار انما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير اما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري انا اقيم البينة انها للمستحق لا يرجع على البائع لا يلتفت اليه لانه مناقض في دعواه بان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في الماذون رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم اقام البينة ان البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه متناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم اقام الواهب بينة انه كان دبرها او استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به وفرق اما في مسئلة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى الحرية لانهما مما قد يخفى على المتناقض المدعي لها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته واما في مسئلة الماذون فلانه لما اقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد اقامها على اقرار البائع انه ملك للغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم في مسئلة الاستحقاق لو اقامها على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان متناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذه تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فاقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغائب ولو اقامها على اقرار المدعي انه لفلان الغائب تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكور في الهداية وهو انه لا تقبل بينة المشتري على اقرار البائع انه لم يامره كما لا تقبل على دعواه انه لم يامره بان وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا لنفسه حق الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا اخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسئلة الماذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا اخذ العبد من يده وهذا هو فرق المص وهو منظور فيه لان وضع مسئلة الزيادات ايضا في ان الجارية في يد المشتري كما سمعتك فالاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشائخ ان مسئلة الجامع محمولة على ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا اقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد لم يامره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا ايضا فيقع الغنية من التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع او رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على اقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد غيره بلا امره ثم اشتراه من مولاه ثم اقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه او ورثه بعد البيع قال محمد لا تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق اوليس له اجابة القاضي الى ذلك لانه يدعي انه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضي فان اقر بذلك الزمه الثمن وان انكر وطلب المشتري تحليفه اجابه القاضي الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه واذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى فان قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما في الماذون اشترى عبد شيئا ثم قال انا محجور وقال البائع ماذون فاراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه وان اقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو اراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل ان تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقر به البائع يلزمه والجواب ان في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعل له مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه اولى لان البينة حجة متعدية فلو لم تجعله مناقضا في حق البينة يلزمنا ان لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة الماذون لان العبد منكر لحكم العقد اصلا لان شرائه محجور

لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون بها حق الخصومة وعلى هذا طريقة الموافقة للمص في الفرق
قال ولو لم يستحق الجارية ولكن ادعت الحرية الاصل فان اقر المشتري بذلك واستحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع لان حرية الجارية
فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره ومنهم من قال قوله او استحلف فنكل غلط من الكاتب
لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول ابي حنيفة وعندهما يجري الا ان اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فابي المشتري اليمين ومنهم من قال
بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون التحليف على المشتري
لان الظاهر شاهد له فلو ان المشتري اقام البينة على البائع انها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين احدهما انه ليس بمناقض
فصل الحرية لا تنافيها فيما تظهر بينته انه اخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد العقد وملك الثمن للبائع فكانت البينة مظهرة ان اقدامه على الشراء اقرار
لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض اما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها للمستحق لا يظهر بينته انها للمستحق لان اقدامه
على الشراء اقرار بملك الثمن للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا شهوده ساعيا في نقض ما تم به فالوجه الثاني انه مناقض في الفصلين الا ان هذا
تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امرأة ثم اقامت البينة انها اخته من الرضاع او اقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل ان تنكح زوجا
غيره وكذا لو اعتق عبده على مال ثم اقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا فيمن باع ارضا ثم اقام العبد بينة انه باعها وهو وقف منهم من قال لا تقبل
لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع فمنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ فصار كالبيع بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازي انما تقبل بينة المشتري انها
حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول ابي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد
فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته اعتقها او دبرها او ولدت منه فاقر المشتري بذلك او ابى اليمين وقضى عليه لا يرجع على
البائع بالثمن لما قلنا فان اقام المشتري البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه تثبت بينته
لانها لم تدخل في العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا
للعقد والاعتاق المتاخر لا يبطل الشراء السابق **قال ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو
قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى
والله اعلم بالصواب** قوله ومن باع دار الرجل اي غصبه غيره بغير امره وفي جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما ادخلها
المشتري في بنائه فكذبه المشتري لم يضمن البائع عند ابي حنيفة لمن اقر بالغصب منه وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة
غصب العقار هل يتحقق او لا عند ابي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن فروع تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فاجيز معا
ثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجها كل من رجل فاجيز البطلا ولو باعها كل من رجل فاجيز تنصف بينهما ويخير كل منهما بين اخذ النصف او الترك
ولو باعه فضولي واجره آخر او رهنه او زوجه فاجيز معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولي واجره آخر
وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة لان
الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما
لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرض رجل واحد له فاجاز لم يجز لان فائدة المبيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين
بدون هذا العقد فلم ينعقد فلا يلحقه الاجازة لو غصبا من رجلين وتبايعا واجازا المالك جاز ولو غصب النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان
النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستاجر انه موقوف على اجازة المستاجر
والمرتهن ولو وصل الى المالك لوفاء الدين والابراء وفسخ الاجارة او تمام المدة تم البيع ولو لم يجز فللمشتري خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بها وان علم



فكذلك عند محمد قيل وهو ظاهر الرواية وعند ابي يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستاجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر وفي المرتهن
اختلاف المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان اقر به الغاصب او كان للمغصوب منه بينة عادلة فلو اجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم
انتقض البيع وقيل لا لانه خلف بدلا والاول اصح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف وبشر عن محمد ان شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري
مقام البائع في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه
على الدراهم والدنانير كان كاخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع
الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده او وصيه او جده او القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى
عبده الماذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم اجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم
ويهلك الثمن على الغرماء وان اجاز بعضهم البيع ونقض بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارث يتوقف على اجازة الورثة
او صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله اعلم

**باب السلم** تقدم ان البيع ينقسم على بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق او قلبه وهو السلم او ثمن بثمن فالصرف او عين بعين فالمقايضة
ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الاخيرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض احدهما فقدم انتقالا بتدريج وخص لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه اسمه
تسليم راس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له فيعرف مما ذكر ان معناه الشرعي
بيع آجل بعاجل وما قيل اخذ عاجل باجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف ايضا انه يصدق على عقده بلفظ البيع بان قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا الى
كذا او يذكر باقي الشروط او يقول المسلم اشتريت منك الخ وفيه خلاف زفر وعيسى ابن ابان وصحة المذهب عنه عسير الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى اجلت اليك اي كذا
وبعتك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذاك باعتبار امر آخر لا بامر يرجع الى مجرد اللفظ وعرف ان ركنه ركن البيع وسبب
شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المص شرائطه واما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة واما في العين فلا يثبت الا بقبضه على
انعقاد ومبادلة اخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرعي كان الثمن سلفه المشتري للبائع ليقضيه اياه وجعل عطاءه
للمسلم اليه فيه قضاء كانه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في اسلمت للسلب يعني ازلت سلامة راس المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد
ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة تواهه عليه وليس الواقع ان السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء **السلم وهو عقد مشروع بالكتاب
وهو آية المداينة** فقد قال ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين
آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية **وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس
وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه** ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه **قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله
عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم
فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان
والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك** قوله وهو يعني السلم عقد مشروع
بالكتاب وهو آية المداينة اخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن ابي حسان الاعرج عن ابن عباس قال اشهد ان السلف
المضمون الى اجل مسمى قد احله الله في الكتاب واذن فيه قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية وعنه رواه الشافعي
في مسنده والطبراني وابن ابي شيبة وعزاه بعض متاخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والمص رحمه الله قد ذكر لفظ
احل السلف المضمون وقال المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل انه في بعض رواية السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ...

المجرحون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى اجل جما بين مقرين وقول مسمى اى معين وكذا بالسنة الا ان لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وان كان فى شرح المسلم للقرطبى ما يدل على انه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذى يظهر انه حديث مركب من حديث النهى عن بيع ما ليس عند الانسان رواه اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى ان قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذى حسن صحيح وتقدم والرخصة فى السلف رواه الستة عن ابى المنهال عن ابن عباس قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون فى الثمر السنة والسنتين فقال من سلف فى شئ فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وفى البخارى عن عبد الله بن ابى اوفى قال ان كنا لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى ان جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشترى فان المشترى يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم اسهل اذ لابد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشترى والبائع قد يكون له حاجة فى الحال الى الثمن وقدرة فى المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالابتياع بثمن مؤجل واى فرق بين كون احد العوضين مؤجلا فى الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذى فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل ان قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل اصح من قياسه على بيع المعدوم الذى لا يقدر على تسليم عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة والحال كلامه وحاصله مبنى على اعتقاد ان القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل اولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلى وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا فى مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة عنده وقوله اى فرق الخ يفيد انه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم فرق ظاهر وهو ان المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت فى الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود فى الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس فى كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفى انه على خلاف القياس بل لاجل هذه المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف والمراد بالموزونات التى يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير اما الدراهم والدنانير فان اسلم فيها دراهم او دنانير فالاتفاق انه باطل وان اسلم غيرها من العروض كحنطة او ثوب فى عشرة دراهم او دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان المسلم فيه لابد ان يكون مثمنا والنقود اثمان فلا يكون مسلما فيها واذا لم يصح فهل ينعقد بيعا فى الكر والثوب بثمن مؤجل او يبطل راسا حكى المصنف فيه خلافا فقيل يبطل وهو قول عيسى ابن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل وهو قول ابى بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابان اصح لان تصحيح العقد انما يكون فى المحل الذى اوجب المتعاقدان البيع فيه والا فى غيره وهما لم يوجباه فى الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتباره بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان فى غير محله الا ان الاول عندى ادخل فى الفقه لان حاصل المعنى الصادر منهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من افراد البيع بلا تاويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضى وكونه ادخل الباء على الثوب لا يقدح فى ان الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضى ان يكون المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبارا لتصحيح غرضهما ما امكن

قال وكذا فى المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولابد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم

قوله وكذا فى المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع اى عدد الذرع والصفة والصنعة ولابد منها اى من هذه الثلاثة للضبط الذى هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة فلهذا اجمع الفقهاء على جواز السلم فى المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى اذا بين الطول والعرض وفى الايضاح يحتاج الى بيان الوزن فى ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا فى عرفهم وعرفنا ثياب الحرير ايضا وهى المسمات بالكمخا كلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل او بالخفة فان قيل ينبغى ان لا يصح السلم فى غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف



القياس ولم يذكر فى النص المفيد لشرعيته الا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك ودليل التخصيص القياس جاز ان يعلل ويلحق بالمخرج غيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على ان ما خالف القياس لا يقاس عليه فالجواب ان شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فان العام فهو لفظ ما ليس عندك الواقع فى سياق النهى وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل فى البيع اما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا مما ليس عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر اجل على عمومه فى منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته كما ان ما عنده ايضا لا يجوز بيعه بغير سلم مع جهالته وعدم ضبطه فالحاصل ان كله مع شرط من الضبط يجوز بيعه باجل ولا يجوز بلا اجل وكون المذكور فى الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما الا امر الخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله امر بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم فى المكيل بما انه شرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلاث وقال صلى الله عليه وسلم من سلم فى شئ يعنى من هذه الثمار فليسلف الى اجل معلوم وفى كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجى فاينط بمظنته ذلك من الاقدام على اخذ الاجل بالاجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا اجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بان سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى اخذ العاجل بالآجل وهى ثابتة عن البرازين اى الحياك فى المذروع كما فى اصحاب المكيلات والموزونات يفهم من ذلك كل من سمع سبب الشرعية المنقول فى اثناء الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد او لم يكن فلذا كان ثبوت السلم فى المذروعات بالدلالة اعنى دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل فى المذروعات مانع وهو ان الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذرع المعين لضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس الا فى الصفة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما ان المكيل ايضا لا يكفى فى صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد المكيل بل لابد ان تذكر الاوصاف معه فتامل هذا التقرير فان فى غيره خبطا والله اعلم

وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت وبخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد فى المالية يعرف العددى المتفاوت وعن ابى حنيفة انه لا يجوز فى بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده فى المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددى وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما

قوله وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض اى يجوز السلم فيها عددا لان العددى المتقارب منضبط بالعد ومقدور التسليم فيجوز السلم فيه عددا والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بعد ان يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به وهذا هو الضابط فى المعدود المتقارب وهو مروى عن ابى يوسف وعليه قول المصنف اعنى ان ما تتفاوت آحاده متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل ولا يجوز السلم فى شئ منها عددا للتفاوت فى المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز الا بذكر مميزات واجازه فى الباذنجان والكاغد عددا لاهدار التفاوت فيه نظر ظاهر او يحمل على كاغد بقالب خاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله فى باذنجان ديارهم وفى ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يتحقق شئ منه فى الاسلام فى بيض الدجاج والجوز الشامى والفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنبين لكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصنف ايضا ولو اسلم فى بيض النعام او جوز الهند جاز كما جاز فى الآخرين وعن ابى حنيفة انه منعه عددا فى بيض النعام لانه يتفاوت آحاده فى المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه ان ينظر الى الغرض فى عرف الناس فان كان الغرض فى عرف من بيض النعام الاكل ليس غيره كعرف اهل البوادى يجب ان يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض فى ذلك العرف حصول القشر ليتخذ فى سلاسل القناديل كما فى ديار مصر وغيرها من الامصار يجب ان يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض واهداره قال المصنف وكما يجوز عددا فى العددى المتقارب

يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه ليس بمكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت بين آحاده قلنا اما التفاوت فقد اهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته واما كونه معدودا فمسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع ان اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم ينحصر في العد بل يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدل فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علما به ورضي رب السلم فان ما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمنع ذلك في اموال الربوا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيلا انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك كيلا مطلقا ليكون ربويا واذا اخذناه كيلا فوزنا اولى وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا هكذا ذكره محمد في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح اما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربوا هذا ما اراد المص بقوله وقد ذكرناه من قبل واذا كان اثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرنا وروى عنه ابو الليث الخوارزمي ان السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمنا فاذا اقدما على السلم فقد تضمن من ابطالهما اصطلاحهما على الثمنية وهو السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد بخلاف البيع فانه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل وامتنع بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المطالب المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي هو تقدير قول المص ولا تعود وزنيا يعني اذا ابطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العد الا ان يهدره اهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس اثمان في زماننا ولا يقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا ايضا ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع للعباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قوله ولا يجوز السلم في الحيوان دابة كان او رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد يجوز للمعنى والنص اما المعنى فلانه يصير معلوما اي منضبطا ببيان الجنس كفرس او ابل او عبد والسن كابن مخاض او شاة والنوع كعربي وبختي وحبشي والصفة كاحمر واسمر وطويل او ربعة والتفاوت بعد ذلك يسير وهو مغتفر بالاجماع والا لم يصح سلم اصلا فان الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرئي فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتا لا يخفى فان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين الثوب ديباج احمر وثوب ديباج احمر فعلم ان التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل واما النص فما روى ابو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن ابي حبيب عن مسلم بن جبير عن ابي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان ياخذ على قلائص الصدقة وكان ياخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم واخرج الطحاوي بسنده الى ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضي الرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خيار الناس احسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر رض انه اشترى راحلة باربعة ابعرة يوفيها صاحبها بالربذة وفي رواية باربعة ابعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموا فعرفوها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كانه ينظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كانه ينظر اليها فقد جعل صلى الله عليه وسلم الموصوف كالمرئي وقد اثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية في الذمة واثبت مهرا في الذمة وصحت الدعوى في الحيوان الموصوف والشهادة به مع ان شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش فان العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والاخلاق والآداب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجملين بخلاف الثياب فانها مصنوعة العبد بآلة خاصة واذا اتحدت لم تتفاوت



الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الحيوان كذلك وقول المص فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد يريد يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت اصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل اعني قل اذا كف بما استعمال للنفي كقوله صددت فاطولت الصدود وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا انه اراد قلة التفاوت وجب ان تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع من التساهل واما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه جرير بن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان على مسلم بن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحاق عن يزيد بن ابي حبيب عن ابي حبيب عن مسلم عن ابن ابي سفيان عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن ابي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه عن عبد الاعلى ابو بكر بن ابي شيبة فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان كما فعل جرير بن حازم الا انه قال في مسلم بن جبير مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم اجد له ذكرا ولا اعلمه في غير هذا الاسناد وابو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو اقوى منه وهو ما اخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق ثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار ليس في الباب اجل اسنادا من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب ان منهم من رواه عن معمر كذلك كانه هو مبنى قول الشافعي رح حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس رض كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تايد بعد تصحيحه باحاديث من طرق منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي واكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند اكثر [illegible] لا يقدح مع انه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وايضا اعترض الموصول السابق او المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخر وحديث آخر اخرج الترمذي عن الحجاج بن ارطاة عن ابي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا باس به اذا كان يدا بيد وقال الترمذي حديث حسن صحيح كانه للخلاف في الحجاج بن ارطاة وحديث آخر اخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك ايضا مع انه ليس كذلك اخرج الامام احمد ثنا حسين بن محمد ثنا خلف بن خليفة عن ابي جناب عن ابيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله ارايت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا باس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهي فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييد للاطلاق فانه اعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب فقال المص رح صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان هو ما اخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن هشيم بن حرب ثنا عبد الملك الذماري ثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوني فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الحجة بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب ان يرجح على حديث ابي رافع ان صح لانه اقوى سندا اعني حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على المبيح وفي الباب اثر ابي حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلد البكري مالا مضاربة فاسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص فلما حلت اخذ بعضها وبقي بعض فاعسر عتريس وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه يسترفقه فقال عبد الله افعل زيد فقال نعم فارسل اليه يساله فقال عبد الله اردد ما اخذت وخذ راس مالك ولا تسلمن مالنا في شئ من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع بين ابراهيم وعبد الله فانه انما يروي عنه بواسطة علقمة او الاسود الا ان هذا غير قادح عندنا خصوصا في ارسال ابراهيم النخعي فقد تعاضدت الاحاديث والطرق عن ابن عباس رض وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله عنهم اوصافا ظاهرة لبطيئة وما

على عين موجود ولا شك في ان هذا مما يحصل به المعرفة وكلامنا في انه ينتفي معه التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص مطلقا ممنوع واما منعه صلى الله عليه وسلم
وصف الرجل الحديث فللوقوع الفتنة على التسامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص واما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما
فان الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فيجري فيه المسامحة بخلاف ما قوبل بمال فانه تجوز فيه المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر فجرينا على موجب ذلك قلنا
ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه فانه لا يجوز ان يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا عن مال خرج من
يد الآخر فيجوز عملا بالآثار فيهما وللتامل ان يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن
من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن او كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف
فقط نعم لو عين من الصفات الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي ان لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجري المنازعة في ان اخلاقه
ما هي وفي تحرير ابن المفرغ في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن ابي عمر قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط
بالوصف قال لا فانا نجوز السلم في الديابج ولا نجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديابج ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير
وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانها مما لا تقتنيا ولا تحبس للتوالد ولا يتيسر اخذه ولا رجحان اخذه ليقام مقام الموجود بخلاف السمك الطري
لرجحان امكان اخذه وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عند محمد وقد روي عن ابي يوسف ان ما لا تتفاوت احاده كالعصافير يجوز السلم
فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص وان اعتبرنا عمومه وجب ان لا يجوز فان قيل فالسمك الطري
مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقلة التفاوت قلنا انما تم لو شرط حيات السمك الطري في المسلم فيه وليس كذلك بل كيف
ما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا ان نمنع صحة المسلم فيه قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها
قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع
فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قوله ولا في اطرافه اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب
قيل الملائم مبني على منع السلم في الحيوان وهذه العاضه وليس بشئ لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش
لان ذلك انما يكون في حالة الحيوة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود ولكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة وكذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه
انها عددية متفاوتة لا مقدار لها فامتنع السلم عددا او غير عدد لانتفاء المقدر وعنه لا باس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الاكارع
والرؤس من جنس واحد يتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجواز عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يراد انها رؤس عجاجيل او ابقار كبار ونحوه
في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير ولا في الجلود عددا وكذا الاخشاب الجوالقات والفرا والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا ان يذكر العدد ولقصد التعدد
في المسلم فيه ضبطا للكمية ثم يذكر ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديم يقول طائفي او برغالي
وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كنفط او جوز ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغذ عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا ان يغني ذكر سمكه
عن قدره كورق حموي وفي الجواليق طوله وسعته وكذا كل ما كان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك وكذا لا يجوز في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا
عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة شبرا او ذراعا فيجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى انه لا يجوز السلم فيهما اصلا بل لا يجوز بهذا العدد ولو قدر بالوزن
في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو اضبط واطيب وكون العرف في شئ من بعض المقدرات لا يمنع ان يجعل
فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلافه. ما اذا قوبل بنحو الحنطة
من جنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا اما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان راس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بانضباطه وزنا كيلا يصير تفاوت
المختلفين المتحدي الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضي خان ان الفتوى على الجواز لتعامل الناس



ويجوز السلم في القت وزنا والرطبة القصب الجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه اما الجزز بكسر الجيم وزائين اولهما
مفتوحة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا
عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه
ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل
ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطاري على شرف الزوال فصار كاباق المبيع
قبل القبض قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل
او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق اذا كان موجودا عند المحل جاز
وان كان منقطعا وقت العقد او بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده
لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم ايضا اطلاق الحديث المتقدم اعني انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في التمر السنة والسنتين
والثلاث فافاض ببيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه
لم يثبت بل يلزم انه ليس شرطا لسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه ابو داؤد وابن ماجة واللفظ له عن
ابن اسحق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر اسلم في نخل قبل ان تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
قبل ان تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام فقال المشتري اخره حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
للبائع اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح
انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رايت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه
ما اخرج البخاري عن ابي البختري سالت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بناجز و
سالت ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع
انهما فهما من نهيه صلى الله عليه وسلم من بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل
فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم واما لزوم وجوده بينهما فانما العدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما
وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما الا غير احداث قول ثالث او نقول ذلك تعليل النص على اشتراطه عند العقد مع ان الاداء يتاخر عنه فلا يضطر اليه عنده بان
اشتراط للقدرة على التسليم ظاهر في مدة الاجل لان الظاهر استمرار الموجود وبالاستمرار تمكين من التحصيل فان اخذ السلم مظنة العدم وبالاخذ بذلك مظنة
التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل وباعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من المسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع واهل
النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى واكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات ارأيت المسلم اليه في الجلود ايذبح عند حلول الاجل الف راس يعطي جلودها لرب السلم وكذا الاسماك
المالحة والثياب والاخشاب والاحطاب والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل او زيتون ان يأخذ اكثر ما يحصل له يعطي ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير
ياخذون ليتجروا في راس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلون المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب
في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره ابو بكر البلخي
ولو ارادوا عليه وفي مبسوط ابي اليسر لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب
ببخارا لا يجوز وان كان يوجد بسجستان ولو انقطع بعد المحل اي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده وقال
زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض في المبيع العين فان الشئ كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عنده [illegible]

الفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا ان السلم قد صح ثم تعذر التسليم بعارض على شرف الزوال فيتخير المشتري كما لو ابق المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان هلاكه بفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي اثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الذرع والثمار اوانا معلوما وكذا لغيرها اوان يكثر وجودها فيه من السنة برخص قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت قال ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرناه وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما بان يقول بوري او راي وفي سماك الاسكندرية التنفس والدونس وغيرها لانه ح معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت واما الصغار فيجوز فيه وزنا وكيلا وسواء فيه الطري والمالح في التجنيس وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا ثم نقل عن بعض المشائخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك انه ليس برديء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح ومليح وهو لم يلتفت الى قول الراجز اطعمها المالح والطريا ذاك مولد لا يؤخذ بلغته واما الطري فيجوز بيعه حين وجوده وزنا ايضا فان كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو اسلم في الصيف وجب ان يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني ان يكون السلم مع شرطه في حينه كيلا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في احاده وعن ابي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن ابي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب او الظهر او الفخذ ولا يتاتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد دليره ما ذكره قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول التفاوت في قلة العظم وكثرته وفي سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قوله ولا خير في السلم في اللحم وهذه العبارة تاكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالراي تحرزا عن القطع في حكم الله بالراي بعيد لكل الاحكام القياسية المظنونة يعبر عنها في الفقه بلا ويجوز كذا او لا يجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند اهل العلم انها مظنونات لا مقطوعات وايضا المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك قال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما لكونه ذكرا سمينا بعد ان يبين جنسه من نحو الضأن وسنه من نحو ثني ومن الفخذ او الكتف او الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع ابو حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا وجه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل الاستدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جائز الاستقراض واذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا ومعلوم ان فيه عظما كان تراضيا عن قطعه لما تضمنه من العظم ولانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولهذا اجاز السلم في الالية مع انها لا تخلو من العظم والسلم بعينها في الشحم بالاجماع بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه ان ما لا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما يصيد قيل هو



على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب ان يكون محل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان القلة حينئذ ثابتة ثم بحيث انه اذا اسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا ان يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول اوراكا او غير الصدر او نص على صدورها واوراكها فان اطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب ان لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرناه لاختلاف اعراض الناس ولابي حنيفة رح وجهان احدهما انه يقع سلما في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمنه من العظم قليل معلوم اهدار بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطع ما تضمنه العظم قلت المشاهد في بيع اللحم حالا بعظمه جريان المماكسة بين البائع والمشتري حتى ان المشتري يستكثره فيامره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف في الاجل المستاجر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما انه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فاذا سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه انه اسلم في المنقطع و على هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابي شجاع عنه قال المص وهو الاصح لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع احدهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع لما ذكر في باب الاستحقاق في الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بانه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غصب المنتقى ان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المص ان القبض اي قبض اللحم القرض يعاين فيعرف مثله به اي بالمقبوض اما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا ايضا ممنوع بل ذاك مذهبهما وبعد التسليم اي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابي انه يضمن بالمثل الا ان ينقطع عن ايدي الناس وهو الوجه لان جريان ربا الفضل فيه قاطع فانه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتمام المعادلة بالمثل انه مثل صورة ومعنى اما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد العين والمثل اقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض ان القبض في القرض معاين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانه يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للوجود وعند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب المثل وهذا معنى قوله اما الوصف فلا يكتفى به اي لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض اولا والمقبوض ثانيا ولما اهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا وهو مذهب مالك واحمد وقال الشافعي يجوز السلم الحال بان يقول مثلا اسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وابو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم اهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم انه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بانه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبت قدرته بما دخل في يده من راس المال ولهذا اوجبنا تسليم راس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير ان يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة واما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فليس معناه الامر بالتاجيل في السلم فيمتنع الحال بل معناه من اسلم في مكيل فليسلم في كيل معلوم او في موزون فليسلم في وزن معلوم او الى اجل معلوم فليكن الى اجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان ايضا امرا بان يكون السلم في مكيل او موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لا شك ان اهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة اجله فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل

فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه وما كان جوازه للحاجة وهي باطنة اينط بامر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة او موجودا قادرا هو عليه فقول المصنف ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص معناه ولو لم يذكر الاجل والله تعالى اعلم وقولهم الغرر في السلم الحال اقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئا اعني بعد ما بينا ان شرعيته لدفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد تحمل فيه لتلك الحاجة وهي المنتفية في السلم الحال واقل الاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف اليوم والاول اصح قوله والاجل ادناه شهر الخ في التحفة لا رواية عن اصحابنا رضوان الله عليهم وفي المبسوط في مقدار الاجل واختلف الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد انه مقدر بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي انه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير ان لا يصح لانه لا ضابطة محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية اخرى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تاجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر النصف يوم جاز وبعض اصحابنا قدروا بثلاثة ايام استدلالا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمه بالثلاثة بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدار انتهى والتقدير بالثلاث مروي عن الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي عمران استاذ الطحاوي وصحح المص الاول لانه مروي عن محمد ولانه ماخوذ من مسئلة اليمين وهي ما اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه آجل قالوا وعليه الفتوى ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف رح قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه قال المص معناه اذا كان لا يعرف مقداره اما اذا عرف فيجوز بضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايفاء قال وقد مر من قبل يريد اول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه الى ان قال بخلاف السلم الخ وقد روي عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز ايضا في بيع العين بالعين لانه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة وبيع الحنطة انما يجوز على احدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع والحديد والخزف مثلا فان كان مما يكبس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز للمنازعة عند التسليم الا في قرب الماء فيما روي عن ابي يوسف رح للتعامل فيه فانه اجازه وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة ان لا يجوز اذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها والله اعلم والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشددة الباء ويقال زنبيل قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارأيت لو اذهب الله تعالى الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا او البساخي بفرغانة قوله ولا في طعام قرية بعينها كحنطة بلدة الهميين او المحلة ببلاد مصر او ثمرة نخلة بعينها او بستان بعينه لانه قد تعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم قال المص واليه اشار صلى الله عليه وسلم ارأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان ثم يستحل احدكم مال اخيه فان معنى هذا انه لا يستحق بهذا البيع شيئا ان لم يخرج ذلك البستان شيئا فكان في بيع ثمرة هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح بخلاف ما اذا اسلم في حنطة صعيدية او شامية فان احتمال ان لا ينبت في الاقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم او في البيع مطلقا والواقع ان معناه ورد في السلم وفي البيع مطلقا اما في السلم فما قدمناه من حديث ابي داود وابن ماجة في الذي اسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيئا فاراد المسلم اليه ان يمنعه الثمن الذي كان اخذه وقال انما النخل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه الحديث واما ما في مسلم عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك تمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تاخذ منه شيئا بم تاخذ مال اخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن ان يكون دليلا على ان هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة ايضا



وفي الصحيحين عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل احدكم مال اخيه هذا ولو كانت نسبة الثمرة الى قرية بعينه لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من ارضها بعينه كالخشمراني ببخارا والبساخي وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا باس به ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في فتح الصعيد والذي في الخلاصة ذكر مثله في المجتبى وفي غيره لو اسلم في حنطة بخارا او حنطة سمرقند او اسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو اسلم في حنطة هراة لا يجوز في ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل الاسم في مفهوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان وكذا لو اتى المسلم اليه في ثوب هروي بثوب نسيج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا يعني ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة للبيان لا لتعيين المكان كالخشمراني فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا فلا واما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو اسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط ذكر في العقد واما عندهما فهي الخمس الاولى ولا اشكال ان للسلم شروطا غيرها ولكن لا اشتراط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شريطة فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطا وسبع على تقدير كونه شريطة وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور سبع شرائط جنس معلوم كحنطة او شعير ونوع معلوم كسقية وهو ما يسقى سيحا او بخسية وهي ما يسقى بالمطر والنسبة الى البخس لانها منخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا وصفة معلومة كجيد ورديء ووسط ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم فهذه اربعة يشترط في كل من راس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه راس مال السلم ولا ينعكس فان النقود يكون راس مال ولا يسلم فيه والخامس اجل معلوم والاصل اي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث نص على شرط القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط المنافي للمنازعة وقوله والفقه ما بينا يعني قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة والسادس ذكر مقدار راس المال اذا كان راس المال بحيث يتعلق العقد على قدره يعني ينقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه وهو ان يكون الثمن من المكيلات او الموزونات او المعدودات المتقاربة وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت احد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر ان لا يشمل البدلين احدى علتي الربا لان انفراد احدهما يحرم النساء وان لا يكون فيه خيار شرط والرابع عشر ان يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم في البيوع ان... والخامس عشر انتقاد الثمن على قول ابي حنيفة رح

لذا ذكرنا والسادس عشر اشتراطه بسبب اشتراطه لاجله اعلام قدره والسابع عشر تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة اي اذا كان نقله
يحتاج الى اجرة ونحوه لثقله وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا يقبضه دفعة ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان
خلافيتان بينه وبينهما لهما في الاولى ولقولها قال مالك واحمد والشافعي في قول ان المقصود في اعلام قدر راس المال وهو التسليم بلا منازعة يحصل بالاشارة
الى العين والثمن المعجل فاغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة الموجلة في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار
مضاربة بالنصف فانه جائز وكراس المال الذي لا يتعين المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كميته وذرعانه بالاتفاق وله ما روي عن ابن عمر انه قال به وقول
الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع انه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة راس المال مؤدية اليه
ولا يؤدي الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تاديته اليه انه ربما ينفق راس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده وقيل يكون اكثر
راس المال زيفا فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند ابي حنيفة لانه لا يجوز الاستبدال في اكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال بها في
مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر الكيل معلوما لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا ايضا وهذا وان كان
موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم لشرعه مع المنافي وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع كذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيوثر فيه توهم العذر المذكور وهو في
الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت ان اذهب الله ثمرة هذا الحائط بما يستحل احدكم مال اخيه بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه
وكذا لو اشتراه على انه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب او الحيوان المجهول راس مال مخرقا
او سمي عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه انقص او بعض اعضاء الحيوان تالفا لا ينتقض من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالخيار ان شاء رضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات
الوصف المرغوب فيه واستشكل بان هذا اعتبار شبهة الشبهة او انزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد لذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه ايضا
ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما افاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال ان لا يخرج الثمرة اجيب تارة انها شبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف
وتارة بان السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على ان طريق ما اخترناه وجود الثمرة
بل ظهور استحقاق راس المال كما ذكرنا انه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعا على انه لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل
في الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في المسئلة الثانية وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة ان مكان العقد متعين للايفاء
لوجود العقد الموجب له فيه ولهذا لا يصح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود وهو مفسد على ما هو رواية عن احمد وصار كانصرافه الى غالب نقد البلد ما لم يسميا نقدا غيره فينصرف
اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيهما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر وكذلك صار المكان كالزمان الذي هو اول اوقات الامكان
حيث تعين للوجوب لعدم المزاحم او للاداء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره ان التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يزاحمه فيه غيره فيتعين كاول الاوقات
الامكان والحاقا ايضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد ان يكون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض
بما اذا اشترى كذا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر او خارجه اجيب بالفرق بان المشتري يملك العين بمجرد الشراء فاذا شرط حملها فقد شرط عملا
في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستاجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد اما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود
عليه دين لا عين فانما يملك العين بالقبض فنقل من مكان الى آخر عمل من البائع في ملك نفسه فلا يكون بائعا وآجرا ورد ايضا في الفوائد الظهيرية عن محمد
ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين زمان البيع مكانا للتسليم
لم يكن له خيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت جوالق الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه
بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه في الابعد وهذا كله دليل ان مكان البيع لا يتعين اجاب بانه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه
في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان ولابي حنيفة ان التسليم في السلم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد



بخلاف القرض والغصب فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على راس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال
وتضمن منع ما قالا من ان وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى امر آخر تعين مكانه فاذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة
لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة لان المسلم اليه يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه
وبخلاف راس المال لان تسليمه واجب للحال فافترقا والحاقه بالامر في تعيين اول الاوقات بلا جامع لكن لا يخفى ان قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان
العقد ما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعيينه مع تاخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى ان يقتصر على منع تعيين العقد
المكان والحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع لان ابا حنيفة في الصحيح عنه يرى انه لا يتعين ايضا اذا كان موجلا
وانه يجب تعيينه ايضا كما سيذكره المصنف وبراس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم راس مال السلم بل ان يقبضه قبل الافتراق لنفي بيع الكالي بالكالي
فلو عقد السلم ومشيا فرسخا ثم سلمه اليه قبل ان يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم لا يستلزم وجود الموجب في مكان ان يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه
لا ملازمة عقلية في ذلك اذ يجوز ان يوجد في مكان آخر واثره الايجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة الا سماعا وعن هذا قال من قال من المشائخ ان الاختلاف
فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها
اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان موجلا وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قوله وعن هذا اي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشائخ
ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن او الثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته
وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحالفان بان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد
فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال وعلى هذا الاختلاف الثمن في البيع اذا جز اذا كان له مؤنة حمل وهو موجل في
بيع العين والاجرة بان استاجر دارا مثلا بما له مؤنة حمل وهو موجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا والقسمة فيما اذا اقتسما دارا وجعل مع نصيب احدهما
شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالاجماع والصحيح انه يشترط عنده اذا كان موجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة
ومكان تسليم الدابة في الاجارة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه
في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح
لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له
حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قوله وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والا فقد
يسلم في امنان من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي ويوفيه في المكان
الذي اسلمه فيه وكلما قلنا بتعيين مكان العقد معناه اذا كان مما ياتي التسليم فيه والا بان اسلم اليه وهما في مركب في البحر او في جبل فانه يجب في اقرب الاماكن التي
يمكن فيها منه قال المصنف وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع يعني من اصل المبسوط وذكر في الاجارات من اصل المبسوط يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح
والاصح من قول زفر والشافعي ايضا لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس
وقلتها بخلاف ما له مؤنة فان الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشترى في المصر باكثر مما يشترى في السواد ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيده والشرط
الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح وبه قال الشافعي واحمد ذكره في التحفة ثم لو عينا المصر في ماله حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فيما ذكرنا يعني القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا ان يبين لانه مفض الى المنازعة
ذكره في المحيط ولو شرط ان يوفيه في مكان ثم يحمله الى منزله لا خير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا . روى البلخي عن اصحابنا انه لا يجوز السلم وقيل انما

لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم يحمل الى منزله اما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر على ان يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيف ما كان ولو شرط ان يوفيه الى مكان كذا فسلمه في غيره وذكر الكرار الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز اخذ الكرار وان شارروه اليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض قوله ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه هذا التحقيقه ان قبض راس المال قبل الافتراق شرط نفاذ العقد على الصحة اما اذا كان راس المال من النقود فلانه لو لم يقبض افترقا عن دين بدين لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فتقع برفع العين المقاصة عنه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة الا ان مالكا يجيز التاخير ويقول اذا لم يشترط التاجيل لا يخرج الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي واحمد وان كان عينا ففي القياس لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعلاء المقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا مبنى عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل باجل فالشارع قرره كذلك فيجب ان يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها ولو فرضنا فرضنا انها صارت اعلاما فاصل الوضع كان باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التعجيل ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم اليه اذ الغرض افلاسه وحاجته فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل ولهذا اي لاشتراط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك وهذا على قول ابي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل من ملك من له الخيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بعرضية ان ينفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان راس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو اجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بتقضية السبب بل السبب جد مطلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان يجيز ذلك الغير فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك بتقضية السبب نفسه وجعله في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تاثيره اكثر من تاثير عدم القبض فكان اولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم اصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف ولذا لا يثبت فيه اي في السلم خيار رؤية بالاجماع لانه غير مفيد اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة مقام ذكر العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رده يأبى به ينفسخ لانا لا نسلم ان المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سياتي واما خيار الرؤية في راس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب في المسلم فيه فانه يصح لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضى وهو تام وقت العقد ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طار اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قوله ولو اسقط



خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال مسلم قائم جاز السلم خلافا لزفر وانما قيد بقيام راس المال لانه لو اسقطه بعد انفاقه او استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه ولو صح كان براس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر وقد مر نظيره في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المص وجملة الشروط جمعوها في آخره فاعلام راس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تم خمسة ومن صفته ان يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية او غطريفية فان لم تختلف ولتساوت رواجا يعطيه من ايهما شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمى مؤدية يعطيه الاشرفية والجقمقية لتعارف تسمية الكل مؤدية والاستواء في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتاجيله وبيان مكان الايفاء تم احد عشر واما القدرة على تحصيله فالظاهر ان المراد فيه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطا عندنا ومعلوم انه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد راس المال اذا كان نقدا عند ابي حنيفة خلافا لهما وان لا يشتمل البدلين احدى علتي الربا وعدم الخيار فظهر ان قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم انه لو اسلم مائتين في كر حنطة منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة ان السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد في الكل خلافا لزفر وجه قوله انه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وايضا قد جعل قبول العقد في حصة الدين شرطا لقبوله في حصة النقد فهذا شرط فاسد ولنا ان الفساد طار فلا يشيع في غير محل المفسد اما ان اضاف العقد الى مائتين مطلقة بان قال اسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر واما ان اضاف الى الدين والعين جميعا بان قال اسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند ابي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح ان الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتعقد بالدين ولو قيد به بدليل ان من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد الا اذا كان يعلمان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو انهما هازلان بالبيع حيث عقدا بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فانه يشيع بالفساد ولذا قيد المص كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم ولم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين وكان الفساد طاريا بلا شبهة وقال في المنظومة ان كان راس المال نوعين نقدا هذا ودين ذاك فالكل فسد ان لم يبين قسط ذا وقسط ذاك والبر في الشعير والزيت كذا فاستشكل على مسئلة الكتاب فقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول ابي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الخ وقال الا ان هذا في الفساد المقارن الذي يكون في صلب العقد لا في الطاري وهنا طار لان قبض راس المال شرط البقاء العقد على الصحة اما العقد في نفسه فصحيح كذا استشكله الشيخ حافظ الدين في المصفى بان هذا يقتضي ان لا يفسد في حصة النقد اذا كان راس المال نوعين ايضا ثم قال يحتمل ان الفساد باعتبار ان معرفة راس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المص تفريع على اشتراط معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبله بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المص على اشتراط معرفة مقدار راس المال الا ان على هذا لا حاجة الى تقييد المنظومة بكون احدهما دينا فانه لو كان عينين قصد فيهما لذلك ايضا قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه قوله ولا يجوز التصرف في راس المال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول وهو راس المال فان ما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق واما الثاني وهو المسلم فيه فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل فلا يجوز هبته ولا الاستبدال به اما لو دفع المسلم اليه ما هو ارداء من المشروط فقبله رب السلم او اجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن احسن القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري

بعد ذلك ولا تجوز الشركة ولا التولية مع دخولهما فى عموم التصرف فى المسلم فيه لقرب وقوعهما فى المسلم فيه بخلاف المرابحة والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين وفى الوضيعة
اضرار برب السلم فيبعد وجودهما بخلاف اخذه مثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هى معنى اخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز
عنده فى بيع العين والسلم فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك
او رأس مالك اى عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث ولا يمكن جعل
المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه فى المجلس لانه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف
زفر والحجة عليه ما ذكرناه قوله فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ
الا سلمك الخ اخرج ابو داؤد وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن ابى سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم فى شئ فلا يصرفه الى غيره وهذا
يقتضي ان لا ياخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا اعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه واخرجه الدارقطني عن سعيد الجواهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور
وقال اللفظ للدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا ياخذ الا ما اسلم فيه او رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه احمد وغيره والترمذي عن حديثه
فهو مختلف فيه حديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر اخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا اسلمت فى شئ فلا تاخذ الا رأس مالك او الذى اسلفت
فيه واسند عن ابى الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تاخذ الا سلمك يعني حال قيام العقد او رأس مالك اى عند الفسخ فاستنبط منه انه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف
فيه قبل قبضه وهذا اى كونه اخذ شبها بالمبيع بسبب ان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف ان صحتها يتوقف على قيام المبيع
الى القبض الا ترى انه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن ههنا لان بالاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فيبقى لا شئ فلا يعود ولكنها
قد صحت فيلزم انه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا واورد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لانها
اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة فى المجلس ولم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المص بانه يعني عقد الاقالة ليس فى حكم الابتداء من كل وجه واجاب غيره
بان لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترق عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة يمكن حمل جواب المص بتكليف
يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح ان رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له وفيه خلاف زفر اى فى منع الاستبدال برأس المال
السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز له ان يشترى به ما شاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال والحجة
عليه ما ذكرنا من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس قال ومن اسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم
بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من
الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن
قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال
فيتحقق البيع بعد الشرى وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود
عين الماخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قوله ومن اسلم فى كر وهو ستون قفيزا او اربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيل والمكول صاع ونصف
فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بان اكتاله من مره وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه
حتى لو هلك بعد ذلك يهلك فى مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه وان امره ان يقبضه له اى للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له اى لرب السلم ثم اكتاله مرة اخرى
لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان
صاع البائع وصاع المشتري هذا محمل الحديث على ما مر فى الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المص ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه ان المستحق بالعقد
ما سمى فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذان عقدان وشريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه الا ترى ان الثاني لو كاله فزاده لم



يطلب له الزيادة ووجب رده حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من ان يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم
اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان الماخوذ ليس عين حقه فانه دين
وهذا عين فاصدر به وقد اخذوا فى صحة الامر ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي هذا ليس بشرط بل الشرط ان يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته
من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم اعاد كيله صار قابضا لان الغرض انه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب
يعلم ان طريق صيرورته قابضا لنفسه ان يكيله مرة للقبض عن الامر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كانه قال له اذهب فافعل ما تصير
به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز وقوله والسلم وان كان سابقا الخ جواب سؤال مقدر وهو ان يقال بيع رب السلم
مع المسلم اليه كان سابقا على شرى المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم يجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان
سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه لكن قبض رب السلم المسلم فيه لاحق لشرائه من بائعه والحادث قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة واعتبار عينيته
فى حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فاخذ العين عنه فى حكم عقد جديد فتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه
من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال فى الزيادات لو اسلم مائة فى كر ثم اشترى المسلم اليه موزونا كذلك من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة تقبضه فلما
حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن يريد ان رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن باقل مما باعه وانما لزم ذلك
اذا جعلا عند القبض كانهما جددا عقدا ومثل هذا فيما لو اسلم فى موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الخ لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم
اليه حنطة مجازفة او ملكها بارث او هبة او وصية واوفاه رب السلم فكاله مرة ويجوز به يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود
عدا والسلم فى معدود ففي الروايتين فى وجوب اعادة العد فى بيع المعدود بعد شرائه عدا هذا فلو لم يكن سلما ولكن اقرضه فامره بقبض الكر ولم يقل اقبضه لى ثم
اقبضه لنفسك فقبضه بان اكتاله مرة جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظة الاعارة وكان المردود عين الماخوذ مطلقا فلم تجتمع الصفقتان فلم يجب
الكيلان لان هذا الاعتبار فى القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشئ بجنسه نسيئة او تفرق بلا قبض فيه وهو ربوا ولهذا لا يلزم التاجيل فى القرض لانه بيع بجنسه
نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مسامحة فلا يوجب
الكيل بخلاف البيع مكايلة او موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على انها عشرة اقفزة جاز له ان يتصرف فيها قبل الكيل قال ومن اسلم فى كر فامر رب السلم
ان يكيله المسلم اليه فى غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه فى الدين
دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه
لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع
الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم اليه وفى الشرى للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه فى البحر فى السلم
يهلك من مال المسلم اليه وفى الشرى من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا اكتفى بذلك الكيل فى الشرى فى الصحيح
لانه نائب عنه فى الكيل والقبض بالوقوع فى غرائر المشتري ولو امره فى الشرى ان يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه
استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله فى ناحية من بيت البائع لان البيت
بنواحيه فى يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر
فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها فى ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره
ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم
وصار مستهلكا عند ابى حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار

ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قوله ومن اسلم في كر فامر رب السلم المسلم اليه ان يكيله له في غرائر رب السلم والموضع موضع الاضمار فيهما لكنه اظهره لدفع الالتباس ففعل وهو اي رب السلم غائب لم يكن قضاء حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له او للبائع لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع الدائن اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا ان امره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي انه يصير قابضا لان امره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي بها خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا ولو كانت مشتراة غير مسلم فيها والمسئلة بحالها اي دفع المشتري غرائره للبائع وامره ان يكيل فيها ففعل بغيبته صار قابضا لان الامر صح هنا لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف امره ملكه ونظيره ما لو امر ان يطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو اخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشتري البائع ان يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك الدقيق في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله اذا امر رب السلم المسلم اليه ان يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه ولو امر المشتري البائع به كان قابضا فهلك من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفى الا بكيلين على ما مر قبل باب الربوا ولو كان في البيع امر المشتري البائع ان يكيله في غرائر البائع غير ففعل بغيبته لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضه فلم تتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه على تاويل الظرف ونحوه وصار كما لو امر المشتري البائع ان يكيله ويعزله في مكان في بيت البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا ولو اجتمع العين والدين بان اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول السلم فامر ان يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بغيبته اذا بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضا لهما اما العين فلصحة الامر فيه لانه لاقى ملكه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة ولم يقبضها ثم امر المقرض ان يزرعها في ارض المستقرض وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما وان بدأ من الدين فكاله بالغرائر لم يصر قابضا اما في الدين فلعدم صحة الامر لما قلنا واما في العين فلانه بخلطه مال المشتري بجنسه من مال نفسه يصير مستهلكا له عند ابي حنيفة فينتقض البيع لهلاك المبيع قبل القبض لان هذا الخلط ليس بتعد ويكون مستهلكا لانه بامره اجاب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه بجواز كون مراده ان يفعل ذلك على وجه يصح وهو ان يبدأ بالعين وعندهما لما لم يكن استهلاكا يصير المشتري بالخيار ان شاء نقض البيع بعيب الشركة وان شاء شاركه في المخلوط واورد ان صبغ الصباغ متصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضا اجيب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال

قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء فلا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه

قوله ومن اسلم جارية في كر حنطة حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ففي السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع الى ان يقبض ففي السلم المبيع قصدا هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة او بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ في الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب



للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو اشترى جارية بالف درهم مثلا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في المبيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو كان المبيع مقايضة بان دفع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان الآخر باقيا لان كلا منهما مبيع من وجه

قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول للمسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة

قوله ومن اسلم الى رجل الخ الاصل في هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت وهو ان ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو ان ينكر ما يضره قال ابو حنيفة القول قول من يدعي الصحة ايضا اذا اتفق على عقد واحد وانكان خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر ولو انكر الصحة اذا عرف هذا فقد جئنا الى المسائل اسلم الى رجل في كر فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق وهو قول للشافعي لان رب السلم متعنت لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على راس المال في نقد والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذاك الآجل ولولا انه يربو عليه وان كان اجلا لم يطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فبقي قول الآخر بلا معارض واما التوجيه بان الظاهر الصحة الخ فيخص ابا حنيفة لمثبته في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على ان القول للآخر وهما لا يقولان ان القول لمدعي الصحة وانما يعلل هنا بظهور انه مباشرة العاقل وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم اليه الشرط اصلا لم يذكره محمد في الكتاب وقد قال اي المشايخ ما يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وكلامه خصومة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسئلة التي تلي هذه ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال رب السلم فيه اجل فالقول قول رب السلم اي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الاجل لان الاجل لترفيه المسلم اليه وهذا استحسان واورد عليه ينبغي ان يكون القول لمن يدعي الفساد ولان المسلم فيه لما كان في العادة يربو على راس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وبهذا الايراد هو وجه القياس واجاب عنه المصنف بقوله والفساد لعدم الاجل ليس متيقنا حتى يكون انكاره انكارا للصحة رافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين فلا يعتبر النفع في رد راس المال لانه ليس بلازم قطعا بخلاف عدم الوصف كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعا للفساد وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل فيه من راس المال فصار كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق زيادة الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهو غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد

واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه شرعا ولان شرط الشيء يتبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدوره بشرائطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل بخلاف ما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود او بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود بخلاف المضاربة لانه اي عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يمكن لرب المال من عزله قبل شرائه براس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له واما السلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف وكان مدعي الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فانه يدعي الفساد يدعي اجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا الحنث به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يقل اختلفا في نوع العقد اجيب بان المضارب ادعى الصحة والشركة ورب المال اقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد ولان اول الكلام لا يتوقف على آخره بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف اذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي اختيه في عقدين فقال اجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف اوله على آخره لوجود المغير في آخره وان كان بحرف العطف و اورد ايضا ما اذا قال تزوجتك وانا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اجيب بانه ما اقر باصل العقد بل انكره حيث اسنده الى حال عدم الاهلية واعلم ان انكار الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة لمدعي الاكثر قضى بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن اقام بينة يقضى له فان كان اقاماها فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاجل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يري اثنين من اهل تلك الصفة وهذا احوط والواحد يكفي فان قالا جيد اجبر على القبول واذا اختلفا في السلم تحالفا استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند ابي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند ابي يوسف والمسئلة على ثلثة اوجه لانه راس المال اما عين او دين وكل وجه على ثلثة اوجه اتفقا على راس المال واختلفا في المسلم فيه او على القلب او اختلفا فيهما فان كان راس المال عينا واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر او في شعير او في الحنطة الردية واقاما قضى ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في راس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه انه الحنطة او اختلفا قال احدهما هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر هذا الثوب في كر شعير واقاما البينة قضى بسلمين عند محمد على اصله وابو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان راس المال دراهم او دنانير اتفقا في راس المال واختلفا في المسلم فيه واقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند ابي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال احدهما عشرة دراهم في كر حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وقاما فعند ابي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين فلو ادعى احدهما ان راس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكره وينبغي ان يقضى بسلمين كما في الثوبين وفيما اسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني درهما فعلى وجوه اما ان كان كيليا او وزنيا او ذرعيا ففي الكيل فان اسلم في عشرة اقفزة فجاء باحد عشر فقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وارد علي درهما فقيل جاز ايضا فانه اقالة في البعض فيجوز كما يجوز في الكيل ولو جاء بحنطة اجود او اردا فاعطى درهما لا يجوز



عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وقدمنا انه في الاردا والاجود انه يجوز بالاجماع اذ لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بازيد بذراع وقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا اتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بالنقص فرد معه درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصته فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بالنقص وصفا لا يجوز ولو بازيد وصف جاز الكل في الاصل **قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه** قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالثقل والخفة من الثياب عرفا كالوذاري اشترط بيان وزنه ولو كان البيع ما جزافي المنتقى اذا باع ثوب حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بتعينها غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع في الطول يذكر عدد الذرعان ويجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده ان كانت الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون احدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم ان لا يجوز بيعها بجنسها جزافا فكذا ذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كما في الصغير **ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي يباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن** قوله ولا يجوز السلم في الجواهر بلا خلاف الا مالك وفي الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا في المالية فان جوهرتين قد تتحدان وزنا وتختلفان في قيمتهما باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب اذا سمي الملبن وقوله لا سيما اذا سمي الخ يعطي انه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل اذا سمي يكون احسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من الاتون وفي عرف بلادنا يسمونه قمينا وقميرا هو الذي يبني ليشوي فيه الآجر والحجارة يعمل جيرا لانه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه والحقناه في السلم لتفاوت المتقارب **قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة** قوله وكل ما امكن ضبط صفته الخ لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحنا والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب والصوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه اهل العرف شنيفا **ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول** قوله ولا باس بالسلم في طست او قمقمة وخفين او نحو ذلك كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواحن اذا ضبط واستقصى في صفة من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا اليسير **قال ان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب**

الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم استصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى والله اعلم

قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا الاستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول لصانع خف او مكعب او اواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا او دستا اي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى او لا يعطي شيئا فيعقد الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استيجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا او اصبغ ثوبك احمر بكذا لا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا مملوكا لغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو اولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام مع ان مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند احد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاباحه بمئزر ولم يبين له شرطا وتعامل الناس فيه بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الى الآن وهو ان لا يذكر عدد ما يصبه من الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل الناس وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كان يستصنع حائكا او خياطا لينسج له او يخيط قميصا بغزل نفسه ثم اختلف انه مواعدة او معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور يقولون انما ينعقد عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع ان لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع ان لا يقبل ما ياتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول ابي حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبات ابي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على انه غير بيع الا ترى ان في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين جزم بجوازه علمنا ان الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وهو في الشرع كثير كذلك طهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة الماموم وقوله والمعقود عليه العين دون العمل نفي لقول ابي سعيد البردعي المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينبئ عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى ما لم يره وكذا لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وانما يبطله بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة اجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى اجيب بانه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا باتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا القدر الا ترى ان المزارع له ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضي بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيلا لان هذه الاجارة في الآخرة شراء ما لم يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان العقد غير لازم واما بعد ما رآه فالاصح انه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه له لانه بالآجرة مانع

مسائل منثورة فيما يجوز بيعه من السباع وما لا يجوز المسائل التي تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منثورة اي عن ابوابها

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به قال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا



لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء هكذا اطلق في الاصل فمشى بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل من النوادر انه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال هكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشره لا يقبل تعليما وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية ابي يوسف المنع وقال ابو يوسف اكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه يبني على ان كلما يمكن الانتفاع بجلده او عظمه يجوز بيعه فيجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفارة والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر ابو الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين اما العذرة فلا ينتفع بها وان لم ينتفع بها الا اذا اخلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا بالتراب المخلوط بخلاف الدم المسفوح فان بيعه ممتنع مطلقا وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان للصيد او لم يكن واما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي ان يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا او اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن ابي رباح عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت واخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن ابن مسعود رض الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعة فلا يجتمعان وعارضه المص بوجهين احدهما انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم اخرج الترمذي عن ابي هريرة رض قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي ايضا عن جابر مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن يروي ابو حنيفة رض في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رض قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا اسناد جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من اثبات التابعين فهذا الحديث على رائهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد للعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى اجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل فيخرج من العام مرة اخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار فعل الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد او حراسة ماشية وخرج العقور ومن ثمة من اهل المذهب من يبني دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم اعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب بقول كل كلب تتاتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه انه نسخ لموجب العام بالتعليل ولا نسخ بالقياس فالوجه ان يعلل دليل التخصيص بمنع لا تربو عليه مفسدة ويدعى في العقور ان مفسدة تربو على منفعة حراسة لان منفعة خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بانه ليس الا الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول ايضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى في كلب باربعين درهما ولم يخصص نوعا من انواع الكلاب وهذا الحديث اولا يعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما

وقضى في كل كلب ماشية بكبش وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في انواع الكلاب ونحلها دليلا على العموم خطأ ظاهر ثالثها هو قول فانه ينتفع به حراسة واصطيادا
فكان مالا يعني مالا مملوكا متقوما اما كونه مالا فلان المال اسم لغير الآدمي خلق بمنفعته المطلقة شرعا وهو كذلك فكان مالا واما انه مملوك متقوم فلانه محرز ماذون
شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ماذون فيه شرعا اذ قد اذن الشارع في اقتناء كلب الماشية والصيد
واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى ان هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب ان يسلم انه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من
بيع هذا النوع من المال فاجاب المص بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا اول الكتاب من ان الامر بقتل الكلاب كان امرا محققا في الاول من
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن ابي بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال ثنا شعبة عن ابي التياح
عن مطرف بن عبد الله بن المغفل قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال ما لي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه
سعيد وبهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روي من التشديد في سورها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي اذن في اقتنائه الاول على الحالة
الاولى والثانية على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة فاجاب ان قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به ولو
سلم فنجاسة عينية توجب حرمة اكله لا منع بيعه بل منع البيع لمنع الانتفاع شرعا ولهذا اجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما فحيث
العذرة لم يطلق الانتفاع بها منع بيعها وان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطا بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك
التراب الذي في ضمنه وبه قال مشائخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما اخرج مسلم عن عبد الله بن وعلة قال سألت
ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس ان رجلا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت ان الله
حرم شربها قال لا قال فسار انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته قال امرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة
حتى ذهب ما فيها واخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام
فقيل يا رسول الله ارأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها
فباعوها واكلوا اثمانها وهذا تتميم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله وقد ذكرناه يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكاله على جواز بيع السرقين اللهم الا
ان يقال ان لا شك انه لا بد من تقدير في نحو حرمة الخمر فانا بينا في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدر اضافته الى ما هو المقصود من تلك العين
كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئا يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم
بيعه واكل ثمنه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة
سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر اما هذا الحديث فانما يفيد ان تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه قال واهل الذمة

في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم
مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم
على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها

قوله واهل الذمة في البياعات كالمسلمين يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها
وقد التزموا احكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا السلم في حيوان ولا النسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن باسم
في البيوع كالمسلمين الا الخمر والخنزير فانا نجيز بيع بعضهم بعضا لخصوصه فيه من قول عمر اخرجه ابو يوسف في كتاب الخراج عن اسرائيل عن ابراهيم بن عبد الاعلى
قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون
ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا نخبر فيما منهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المص في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم



اعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن
سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا
شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى
وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها
على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز وهو جواب المسئلة وكان قول الضامن
ذلك بعد مساومة بين فلان وسيد العبد بالف واباء او ابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال لذلك كقول الرجل
لامراته طلقي نفسك ان شئت فقال طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفي بعضها ما يفيد انه ايجاب فانه قال ولو لم يكن اباء ولا مساومة وحصل ايجاب العقد
عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب الا ان قوله بع عبدك امر ولفظة الامر لا يكون في البيع ايجابا على ما مر من انه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعت
لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقي نفسك في التفويض وفي الخلع فلا بد ان المشتري يقول بعد بعت من البائع اشتريت او معناه على ما سلف هناك
ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بالالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد اضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن لى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر
والشافعي والضمان جائز لاضافته فقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ان يعطيه اياه ان باعه بالالف
وهذه رشوة اذ لم يقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بالالف فقط ثم في الاول ان كان بامر المشتري كان له ان يحبس المبيع حتى ياخذ الخمسمائة من الضامن
لان المبيع على المشتري صار بالف وخمسمائة وللمشتري ان يرابح على الف وخمسمائة ولو كان دارا للشفيع اخذها بالف وخمسمائة ولو رد بعيب او تقايلا فالبائع يرد الالف
على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير امره لم يثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على الف وياخذها الشفيع
بالالف ولو تقايلا او رده بعيب او تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغي ان لا يصح هذا لان الشراء على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذا على ان يكون بعضه
عليه اجاب الكرخي بمنع كون الشراء على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز اذ لا رواية فيه عن اصحابنا وتعقبه الرازي بان محمدا نص على انه اذا اشترى بدين له على
غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فالاولى ان لا يجوز اذا كان اصل الثمن على غير المشتري ثم اختار ان القياس ان لا يجوز ولكنا تركناه
بمعنى حديث ابي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه لدين الذي عليه فالتزمه ابو قتادة فصلى عليه فقد التزم دينا لا في مقابلة شيء حصل
للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبي كذلك اذ لم تحصل للاجنبي في مقابلتها شيء ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبي
ولا يجوز عن ذلك فالجواب هو ما ذكره المص ان هذه الزيادة لما شبه ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلة شيء يسلم للملتزم ببدل الخلع يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا
التعليل قاصر فان الزيادة كما تكون لا في مقابلة شيء ووجودها في مقابلة شيء اكثر احوال العقد فان احوالها ثلثة كونه خاسرا ورابحا وعدلا وكونها لا في مقابلة شيء في
وجه من الثلثة وهو كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلب في المشابهة خصوصا اذا كان يبنى عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة
تثبت تبعا فجاز ان تثبت على الغير بخلاف اصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبت الزيادة ثمنا والاجنبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل
قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل الا ترى ان من قال لزيد على فلان الف درهم وانا كفيل بها فانكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان
فجاز هنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها

فوطيها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط
من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان
ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطيها الزوج فالنكاح

جاز وطی الزوج قبض من المشترى خلافا للائمة الثلاثة اما الاول فلوجود سببه لاية الانكاح على الامة وهو ملك الرقبة بكماله بخلاف ما لو ملكها الا الكمال كما فى ملك نصفها ما يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع ينفسد بالغرر دون النكاح وفى البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه اعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط فى البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليس شرطا لصحة النكاح الا ترى ان بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز وحاصل هذا انه تعليل النهى عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد فى منع البيع قبل القبض واردا فى النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته واما الثانى فلان وطئ الزوج حصل بتسليط من المشترى فصار فعله كفعل المشترى ولو وطيها المشترى كان قابضا فكذا الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشترى قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطى هلكت من مال البائع والقياس بان يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن ابى يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لان التزويج تعييب للمبيع ولذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشترى اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان انه لم يتصل بها فعل حسى من المشترى والتزويج تعييب حكمى بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر وكان الاقرار منه عليها بدين والمشترى اذا اقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذا بمجرد التزويج بخلاف الفعل الحسى كان فقأ عينها مثلا او قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسى والجواب انا قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى ان الفعل الذى يكون قبضا الفعل الحسى الذى يحصل به الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضرورى ليس مما نحن فيه وذلك انه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لانه يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء وهذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح فى قول ابى يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابى يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضى الامام ابو بكر بطلان النكاح ومن اشترى ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا تبطل النكاح فان بطل البيع قال ومن اشترى عبدا فغاب والعبد فى يد البائع واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع فى دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشترى وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن لان ملك المشترى ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذى اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات والمشترى اذا مات مفلسا والبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك للمشترى لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشترى اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله و يقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهو قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قوله ومن اشترى عبدا فغاب قبل القبض و نقد الثمن فاقام البائع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبة المشترى غيبة معروفة لم يبعه القاضى فى دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع فيكون ابطالا لحق المشترى فى العين المبيعة من غير ضرورة وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن بنصب الثمن مفعولا ثانيا لبيع وقوله وان لم يدر اين هو يبين ان الغيبة المعروفة ان يعلم اين هو وقول المصنف فى تعليل بيع القاضى لان ملك المشترى ظهر باقراره يعنى باقرار البائع فيظهر على الوجه الذى اقر به وهو كونه مشغولا بحقه يبين ان البيع من القاضى ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هى الا لكشف الحال ليجيبه القاضى الى البيع نظرا للغائب لا ليثبت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك فاذا تعذر استيفاؤه والغرض انه احق بمالية هذا العبد لانه كالرهن فى يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشترى مفلسا كان البائع احق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه احق من



سائر الغرماء فيبيعه القاضى على بيعه بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه اى حق البائع لم يبق متعلقا به بل هو دين فى ذمة المشترى والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يمكن القاضى من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسى وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس ان لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر الا قصدى وان كذلك فهو كمن اقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفى الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى ان ينفق عليه الى ان يحضر المشترى وربما تربى النفقة على الثمن والقاضى ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضى ان يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو اقامها ليثبت حقا على الغائب ليتبرع شيئا من يده لا يقبلها ولا اجماع فى مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغاصب عما فى يده لان البائع يستوفى حقه مما فى يده واورد عليه انه يستلزم بيع المنقول قبل القبض اجيب بان من المشائخ من قال ينصب القاضى من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمنا لانه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشترى واحدا فغاب فلو كان المشترى اثنين فغاب احدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقد واختلفوا فى مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند ابى يوسف لا وعند ابى حنيفة ومحمد يجبر والثانى انه لو قيل هل يجبر على التسليم نصيب الغائب للحاضر عند ابى يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهاياة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند ابى يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما تقدم عنه وجه ابى يوسف ان الحاضر قضى دين الغائب بغير اذنه فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه اجنبى عنها ولهما انه مضطر فيه اى فى دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا افلس الراهن وهو المستعير او غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لانه مضطر فيه وكان كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له ان يبنى السفل اذا امتنع مالكه بغير امره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه غير انه فى مسئلة السفل لا يفرق الحال بين كون صاحبه غائبا او حاضرا وفى مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا فى ايفاء الكل اذ يمكنه ان يخاصمه الى القاضى فى ان ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه فى ان يبنى السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته ولا يرى للحاضر ومثل صورة حضورهما فى عدم الاضطرار ما لو استاجر رجلان دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر فى نقد حصة الغائب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرتاشى واذا ثبت حق الحبس فى مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى ان يستوفى الكل ولو بقى درهم كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل الى ان يعطيه جميع الثمن قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود فى كل واحد منهما قوله ومن اشترى جارية الخ صورتها ان تقول اشتريت هذه الجارية بالف مثقال ذهب وفضة او يقول البائع بعتك هذه الخ ولفظ الجامع فى رجل يقول لرجل بعتك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بالف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد وعرف من هذه العبارة ان البيع ينعقد بلفظ المضارع ولو احتمل العدة اذا اريد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى انه اذا قال نعم ذلك ثم باع على هذا الوجه يثبت الانقسام وفيه ان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة ايضا مضافا اليها المثقال وينفى وهم ان يفسد بجهالة الفضة لان المثقال غلب فى الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليها وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم تفسيره بالذهب

الفضة الاترى انه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعا جميعا غدا لانهما مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال الف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال الف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس احدهما بالصرف احدهما من المتعارف فينصرف الى الوزن المعهود وهذا اذا كان المتعارف في بلاد بعضها في اسم الدراهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الان كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع ودرهم من ذلك الدرهم واما في عرف المصر فلفظ الدراهم ينصرف الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه ثقل او خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او وصية او كفالة او جعلا في خلع ومنه لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له

قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو اي رب الدين لا يعلم انها زيوف فهو قضاء حتى لو انفقها الدائن او هلكت ثم علم ليس له ان يرجع بشيء وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابي يوسف وهو الاستحسان له ان حقه في الجودة مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا من ضمان الاصل ليصل الى الوصف ولهما انه اي الزيوف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف ورأس مال السلم جاز واجاز الا انه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق فيقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تدارك بايجاب ضمانها بعد هلاك الدراهم لما ذكرنا من انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه يعني هو ايجاب للقابض على نفسه ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف يتفصل بمنع انه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من ايجاب المثل ممكن وهذا لما لو وجدها ستوقة او نبهرجة فهلكت ليس يرد مثلها فان قالا الستوقة ليست من جنس الجياد حتى لا يصير مقتضيا حقه بها قلت وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيف الا ان علم ورضي باعتبار انه تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة فواهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يلزمه شيئا قلنا يجوز ذلك اذا افاد كالمولى اذا اتلف بعض اكساب عبده المأذون وقد افاد هنا تدارك بعض فصار كشراء الانسان مال نفسه لا اذا افاد ويجوز نحو ان يشتري مال المضاربة او كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد بل الضمان في المأذون للغرماء وهذا المقبوض كله ملكه ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له وفي النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف اخذها الشفيع بالجياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باع مرابحة فان رأس المال الجياد وفي الاجناس يشتري بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف انه اشتراها بالجياد قال ابو جعفر لا يحنث وقال ابو يوسف يحنث والله الموفق

قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه

قوله واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي اي دخل كناسه والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر او وقع فيها فتكسر وتحيز به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض لا اي لان كلا من الطير والفرخ والبيض وقد



اصح في نسخة لانها مباح سبقت يده اي يد الآخذ اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن اخذه والبيض اصل الصيد فيلتحق به ولهذا يجب عند الجزاء على المحرم بكسره او شيه لانه المقصود بقوله تعالى تناله ايديكم وفي قوله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك جملة حالية هو قيد لقوله فهو لمن اخذه اي انما يكون للآخذ اذا لم يكن صاحب الارض اعدها لذلك بان حصل فيها شيئا ليسقط فيها او اعد مكانا للفراخ ليأخذها فان كان اعدها لذلك لا يملكه الآخذ بل رب الارض يصير بذلك قابضا حكما كنصب شبكة ليجففها فتعقل بها صيد فهو لمن اخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الآن للاخذ وكما اذا دخل الصيد داره فلم يعلمه فاغلق بابه فهو لمن اخذه فان علم به واغلق الباب عليه او سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر والدراهم فهو لمن اخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان اي عن الاخذ في زمان عدم كفه الثوب او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء قوله او كان مستعدا له اي للنثار بان يسقط ثوبه لذلك عطف على مقدرة تقديره فاذا كفه او كان مستعدا فهو له اما اذا عسل النحل في ارضه فهو لصاحب الارض لانه عد من انزاله اي من زيادات الارض اي ما يثبت فيها فيملكه تبعا للارض كالشجر النابت فيها كالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضميره لانه وهو عائد الى الارض وهي مؤنثة على تأويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلا مزنة ودقت ودقها ولا ارض ابقل ابقالها ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في ارضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فمن اخذ السمك فهو له وكذا في حفر حفيرة اذا حفر للصيد فهو له او لغرض آخر فهو للآخذ وكذا صرف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضع للماء فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ ولو باض صيد في ارض رجل او تكسر فيها فجاء رجل ليأخذها فمنعه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض على اخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض لانه آخذ عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

## كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا لما كان قيود الاكثر كان وجوده اقل فقدم ما هو اكثر وجودا وايضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع اخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية اعني المبيعات ومفهومه لغة وشرعا ما ذكره المصنف وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف المجلس ولهذا لم يصح فيه اجل ولا خيار الشرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا في الصرف خيار عيب او رؤية جاز الا انه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار ان يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلي ولو سقطا في المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر واورد عليه كيف جاز ان يقول التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب ان المختار انه ليس الا شرط بقائه على الصحة فلا اشكال على قول بعض القائلين انه شرط الجواز واجابوا بان تأخيره ضرورة تقضي ايجاب قبض ملك العين فيه معتبرة مقارنا ومتقدما شرعا وان كان متأخرا صورة ولا يخفى انه ينبغي ان يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر واما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض هذا قول القدوري الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وانما قال من جنس الاثمان ولم يقتصر على قوله ثمن بثمن ليدخل بيع المصنوع بالمصنوع او بالنقد فان المصنوع بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمي اصطلاحا به لان مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل من البدلين عن مالك الى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمي باسم ذلك المعنى المشروط فيه او هو اي معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصد الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار والمراد ان قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاخذ العقد

عن الفائدة والزيادة وتسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم ومن انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر الهم
ان المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الفرض الذي هو مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلا فقيل عليه قد فسر الزمخشري بغير هذا
وقال في الفائق في قوله صلى الله عليه وسلم لاهل المدينة من احدث فيها حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيمة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة
لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعادلة والفدية يعادل نفسه والمراد من احدث الحدث فعل ما توجب الحد والجواب ان اهل اللغة
اختلفوا في ذلك بعد ذكر الجمهرة عن بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفي الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المص
ولا اعتراض مع انه انسب واعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء اولا وسواء كان ما يقابلها من جنسها
او من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل
والموزون فانهما اذا عينت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحبها حرف الباء او لم يقابلها ثمن فهي مبيعة و
هذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دينا والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا فالائمة
الثلاثة عندهم يتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتباره في
نفسه وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهي في الاصل سلعة فان كانت رائجة فهي ثمن لا يتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس

**قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع**

قوله فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط وان اختلفا في الجودة والصياغة فيدخل الانية بالانية فلو باعها مجازفة ولم يعلما كيلهما وكان في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في مجلس فظهرا متساويين يجوز وعن ابي حنيفة لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر
هو يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشتراط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو ان الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم يعلم المساواة
توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا ان لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساويا ايضا لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس
كان العقد انشاء الآن لان ساعاته كساعة واحدة واما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا معلوما للعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لا تستلزمها بناء
الى الكيل والمعتبر فيما كان كيلا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسما كيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المص
في وجوب المساواة بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث وقد تقدم وجه الانتصاب اذ بالعامل المقدر ارى بيعوا ولو الاولى حيث كان
الذهب مرفوعا في الحديث ان يجعل عامله متعلق المجرور اي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا
الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ظاهر في انه منصوب على الحال وبقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها
على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز والشف بالكسر من الاضداد للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتضح في معنى النقص والاقلال
ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلا بمثل فان المثلية اعم تفسيرا بانها من حيث المقدار وتقدم
حيث جيدها ورديها سواء ايضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس
بن مالك قال اتى عمر بن الخطاب رض بآنية كسروانية قد احكمت صياغتها فبعثني بها لابيعها فاعطيت وزنها وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا
هذا ويدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع آنية فضة او ذهب بآنية فضة او ذهب واحدهما اثقل من الآخر لا يجوز بخلاف
ما اذا كان من غيرها نحاس او شبهه حيث يجوز بيع احدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع ان النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية ايضا وذلك لان صفة الوزن
في النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا تخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرها فان الوزن فيه بالعرف فيخرج



عن كونه موزونا بتعارف وبه اذا صيغ وصنع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته
فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس
باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا
ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى
لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه
وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق باجماع الفقهاء
وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد وذكرنا آنفا ان المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر
قوله صلى الله عليه وآله وسلم واذا افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمرته تظهر فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند
ابي حنيفة رح ولا يفسد على القول الاصح وقوله لما روينا يعني قوله يدا بيد وكذا ما رويناه من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز
وقول عمر رض وان استنظرك الى آخره رواه مالك في الموطأ عنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب احدهما غائب والآخر حاضر
وان استنظرك ان يلج بيته فلا تنظره الا يدا بيد هات وهات اني اخشى عليكم الرماء في رواية قال الرما بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال ان يدخل بيته وانما
ثبت نص الشرع بالزام التقابض عليه الفقهاء بما ذكره المص وحله ان للتقدم مزية على النسية فيتحقق الفضل في احد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة ان يقال
هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز ان يجعل امعانه قال لا بد شرعا من قبض احد العوضين كيلا يلزم بيع الكالي بالكالي اي الدين بالدين فلو لم
يقبض الآخر لزم الربا لما قلنا وايضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان في معنى الثمنية فاذا وجب قبض احدهما فكذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل
الكتاب يخص الثمنين المخصين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان احدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فاجاب بان ذلك لاطلاق
ما روينا من قوله صلى الله عليه وآله واصحابه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعال الاطلاق المذكور بان المتعين ايضا كالمصوغ فيه
شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية او قد خلق ثمنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه ان ثابت
الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهما لو مشيا كل في جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر رض وان وثب من
سطح فثب معه يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل ما لم يوافقه الآخر فيه وهذا لانه بمجرد وثوب احدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر مبطلا اذ لم يثبت
معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط وعن ابي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق
الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب
ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب على سطح فثب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس رض ايضا رجوعه
وفيه دليل ان المفتي اذا اجاب لا باس ان يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعله صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال رض بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به
انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الواجبات قال وكذا المعتبر في قبض راس المال مال السلم يعني ان يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس بخلاف
خيار المخيرة فانها لو قامت قبل الاختيار يبطل وكذا اذا مشت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كان فيه لان المعتبر فيه الابطال
هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس وتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق او اغمي عليهما او طال قعودهما
وعن محمد رح جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما او احدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة
دون القصير ولو كان لرجل على آخر الف وللآخر عليه مائة فارسل رسولا يقول ابعث الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت
كان باطلا وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد رح لو قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير

بعشرة وقام قبل نقده باطل بدا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا اي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا يتضمن الزيادة من الاموال الخاصة في احد العوضين في قرض او بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة بغيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك قوله الا اذا اسقط الخيار في المجلس استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان اي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا اسقط فلا يفوت فيعود الى الجواز وقدمنا نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول ابي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بالف حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية مبيعا فانه لو فسد بترك القبض يبطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل يفسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بان في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيختص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد لا على الصحة فشاع وهذا على الصحيح من ان القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكافي لو اسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ برده لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينفسخ العقد برده لتعينه فيه ولو وجد احدهما او كلاهما دون الافتراق زيفا او ستوقا فحكمه في جميع ابوابه الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم

قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه

قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل انه لا يجوز التصرف في واحد من بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان وهبه البدل او تصدق به عليه او ابراه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به احدهما بعد صحة العقد وفرع عليه ما لو باع دينارا بعشرة مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض في العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله القبض بدله من عاقده معه وأورد عليه ان فساد الصرف حق الله تعالى وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيتقدم حق العبد بتفضل الله سبحانه بذلك اجيب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فيرتفع احدهما فضلا وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان التقييد لا يتعين فاضافته العقد الى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يضفها وهذا على احدى الروايتين عنه ان النقود لا تتعين في البياعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب ان لا يصح بيع الثوب قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرطا اي فكان ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكروا في عدم تعيين النقد في البيع مع انه لو اشار الى دراهم وعينها كان له ان يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز بطل ما ذكروا في عدم تعيين الدراهم في البيع وكان كلما



تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لا جرم ان المصنف انما اجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز بعينه واذا لم يخرج لم يدخل في ملك بائع الثوب وانت تعلم ان زفر انما قال بجواز بيع الثوب بناء على عدم تعيين بدل الصرف [illegible] بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض [illegible] فقال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين بدل الصرف في ثمنه كان [illegible] بالضرورة [illegible] بدل الصرف تقديرا ثمن الثوب سواء سميته مبيعا او ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض ان لزم تسليمه بعينه [illegible] بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن من ملكه البائع ولما لم يمكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف [illegible] ان البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال هذا على احدى الروايتين عن زفر [illegible] فانه لم يتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطل [illegible] بيع الثوب مطلقا انما هو جواب المذهب مشكل ونظير صاحب النهاية [illegible] غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قررنا ان يدفع مثل بدل الصرف

قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط المساواة والمساواة غير مشروطة فيما اذا في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء لكن العادة في مثله ان يقول لما روينا ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق تعبير بالمجلس عنه

قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراهما بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت

قوله ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا صرف المنقود الى الطوق وان لم يعين الدافع وكذا لو قال خذه منهما صرف ايضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز تحكيما لظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه المصحح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذا الالف من ثمن الجارية فان الظاهر عارضه التصريح بخلافه واذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذه منهما عارضه ايضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد يستعمل في الواحد ايضا قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من احدهما وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس الم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب اهل الحق وقال نسيا حوتهما وانما نسيه فتى موسى وقال صلى الله عليه وسلم في قصة مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وانما اراد ان يؤذن احدهما وقال تعالى قد اجيبت دعوتكما والمراد دعوة موسى الا انه قد قيل ان هارون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب انه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية ايضا على قول ابي حنيفة لان الفساد في ابتداء العقد بخلافه في الافتراق هذا ولقد وقع الافراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها الف مثقال فضة

فانه عاشرة استطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب فعرف من هذا الوجه ان كون قيمتها مع مقدار الطوق متباينين ليس بشرط بل الاصل انه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لابد ان يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين او بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيهما ويصح في الجارية واما السيف فان كانت الحلية لا تتخلص منه الا بضرر فيه يفسد في السيف ايضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كانت تتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه امكن افراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن اكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله او اقل او لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت اقل او مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو مبيع الفضة زيادة من جنسه او من غيره وهو نفس الجارية والسيف واحتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم انه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد واجاب بان جهة الفساد فيه متعددة فانها من وجهين وهو تجويز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على ان مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع انه يرد عليه انه الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بان المعنى ان احتمال احدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتمعا وعلى هذا كلما اشترى بالفضة فضة مع غيرها او بالذهب ذهبا مع غيره

**قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض**

قوله ومن باع اناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد في الكل لانه طار بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من ان القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض فلم يلزم العيب وهو الشركة لامكان ان يقطع حصته منها

**قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين للتصحيح فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في**



**في الابتداء** قوله ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز البيع وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه فيعتبر الدرهمان بدينارين والدرهم بالدينار وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري حنطة وكري شعير او باع السيف المحلى بفضة ولا يدري مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه اي تصرف العاقد لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين وهو ان يكون كل جزء على الشيوع مقابل الكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه اكثر اذ اجزاء دينارين اكثر من اجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى ان كل جزء معين مقابل لكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة الأخرى ما يقابلها او يقابل الكل نفسه اشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو ان يقابل الذرة بالف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة لذرة اخرى واخرى ولانه حينئذ ينتفي الانقسام بادنى تامل والدليل على ان الانقسام لما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا ان الانقسام على الشيوع لما يرجع في الثوب والفرس جميعا ويغير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على ان من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية كلها دالة على ان تغيير التصرف لا يجوز وان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد قال صاحب الذخيرة وللخصم ان يقول تعبدنا بتحقق المماثلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس ام على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت الاول فمسلم وليس صورة الخلافية انتهى بمعنى تغير حاصله انه على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقيا وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وح لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اتجهوا بناء على اصل اجماعي وهو انه مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز ويترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كانهم نظروا الى ان المقابلة على وجه الشيوع ان لم يقتض حقيقة الربا استلزم شبهته وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك وانما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منها لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس العين هذا الجنس معين بدليل انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى ان الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المص وفيه تغيير وصف العقد لانه نظرا الى الظاهر منه هو مقابلة الجملة بالجملة على الشيوع عينا فكان مقابلة المعين بالمعين ليس محتملا فقال وفيه تغيير وصف العقد وهو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا اصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا التصرف بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لانه يتغير اصل العقد اذ يصير تولية في القلب واعترض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسئلة الطوق والجارية ان يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بالعشرة ان يحمل فيهما على احدهما يعني الثوب كما حمل قوله خذ هذه الالف من ثمنها على ثمن احدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لم يضر ان يصدق ان العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهي ما اذا باع عبدا اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بالف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين ان يكون بصرف الخمسمائة الى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه ممن اشتراه بمثل ما اشتراه منه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف اكثر من الخمسمائة درهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بائعا للمشتري ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه ونقض بان الطريق الصحيح ايضا

ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو ان يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدرهم اجيب بان التغيير
ما امكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات وايضا فان الذي
اوجبناه طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن ان يصرف نصف درهم
الى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس الى هذا يرجع قول صاحب الكافي في الجواب
التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يمكن لاحدها بوجه ترجح بل يتساوى فانه يلزم الترجيح بلا مرجح فتمتنع الوجوه فيمتنع اما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد
على اسم الدراهم والدرهمين فلا يعبر عنه ونحن اسلفنا لنا في حل هذا الاصل نظرا استند الى جواز ثبوت الشيء بعلل مستقلة اجتمعت وفيه واما في المسألة
الثانية وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما فلان البيع اضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع بجهالته ولان المعين ضده فلا يحمل
الشيء على ضده فليس يشبه الاول المعرفة مما صدقات المنكر فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه وقد قال ابو حنيفة في قوله عبدي
او حماري حر انه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف الى المعين واعلم ان ما اورد على
وجه النقوض المذكورة ان يخص له جواب فذاك والا فلا يضرك النقض في اثبات المطلوب اذ غايته انه خطأ في محل آخر فاذا اعترف بخطائه في
محل النقض وذلك لا يوجب خطائه في محل النزاع واما في المسألة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما
نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ فان
قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد صحيحا والمقتضي واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طرؤه متحققا ولا
مظنونا ليجب اعتبار الصرف من اول الامر بل متوهم لان الظاهر ان يتقابضا ان بعد ما عقدا عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار
واما المسألة المستشهد بها اولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على ان المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما
قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسألة المفروضة الا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في
هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة احد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق
والذي الشفعة فيما يجب فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربوا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة
على القيمة واما فيما فيه الربوا فانما يجب القسمة على الوجه الذي يصح اسد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى
بازاء الدينار وكذا لو تقابل جنس بجنسين كما في مسألة الكتاب انتهى ونظير المسألة المذكورة التي تلي هذه وهي قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة
دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في دراهم التماثل على ما رويناه فالظاهر انه اراد به ذلك
فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع اقلهما شيء آخر
يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة
لا يقابلها عوض فيكون ربوا قوله ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم
التماثل وهو بذلك فيبقى الدراهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف عليه ان بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم
فهي مكروهة فقال ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل من الآخر الا ان مع الاقل شيء آخر كفلوس او غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة
في البدل الآخر او اقل بقدر متغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهية وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كان يضع معه كفا من زبيب او فلسين وقيل لمحمد
كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم ترو الكراهة عن ابي حنيفة بل صرح في الايضاح انه لا بأس به عند ابي حنيفة رح قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا
جاز على هذا الوجه الف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وكذا ذكر في المحيط ايضا وقيل انما ذكره لانها باشر الحيلة لسقوط الربوا كبيع العينة فانه



مكروه لهذا واورد لو كان مكروها كان البيع في مسألة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسألة الخلافية مكروها ولم يذكره اجيب بانه انما
لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع المسألة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد لا كراهة ولا يخفى ان العقد واحد وكما ان
قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا يبلغ قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر الذي يقتضيه النظر
ان يكون مكروها اذ لا فرق بينه وبين المسألة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر اصلا كليا يفيده وينبغي ان يكون
قول ابي حنيفة ايضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق المصنف من غير ذكر خلاف واما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال فروع
اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز
لان البدلين هي الفضة الا التراب ولو اشتراه بتراب ذهب او بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس ولو ظهر ان لا شيء في التراب
لا يجوز وكلما جاز فمشتري التراب بالخيار اذا رآه لانه اشترى ما لم يره ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا
بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب
عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول
والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدالا بالصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ
قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين
سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز
قوله ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة وقبض الدينار فان كان اضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا العقد
عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين احد البدلين للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربوا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين
في هذه الصورة بقبض احد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض
يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد ح
عشرة مطلقة لا يلزم ان يكون بهذه العشرة الدين ولذا قال زفر فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بالعشرة وهي مسألة الكتاب ثم تقاصا
لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض و
بالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير انه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة
وعلى هذا التقدير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف و
خمسمائة فان الفسخ لازم لان احدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا في العقد بها
والا لم يكن قضاؤها اصلا اذ لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتقريره انهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر اقتضاء
ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في اعتق عبدك عني بالف انه يقع عن الآمر اذا اعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه وهذا اذا كان الدين سابقا
على بيع الدينار فان كان لاحقا قبل الافتراق والمسألة بحالها بان عقدا على الدينار بعشرة ثم باع صاحب الدينار ثوبا من بائع الدينار بعشرة ثم قاصه
بثمن الدينار فعنهما رواية لا يصح والاصح انه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المص من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض من بائع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه فقد صار مقاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد
وجد منه القبض قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق
المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمين غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال

لا انها زيافة بل رديئة دراهم بعضه كسر ويكون في القطعة ربع وثمن واقل وبيت المال لا يأخذ الا الغاسد وانما جاز للمساواة في الوزن والجودة
وسقوط اعتبار الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي
فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة
بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة
لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء وان كان
الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في
حلية السيف فان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف
حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر
قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل
فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعدد
وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا
لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا
يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا
منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع
وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى
بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع
لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن
فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قوله واذا كان الغالب الخ
الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش اقل او الغالب الغش والذهب والفضة اقل او متساويين فان كان
الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل فلما تنطبع الا بقليل
غش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب الحاقا
له به واذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعها بالخالص من الذهب والفضة الا متساويين في الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها
بها الا وزنا واستقراض الذهب والفضة كالخالصين ان كان الغالب فيها الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير الخالصة اعتبارا للغالب فان اشترى بها
فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم او اقل او لا يدرى
لا يصح في الفضة فلا في النحاس ايضا اذا كان لا تتخلص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة اكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم
من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس اي يصرف
فضة كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى لانها في حكم شيئين فضة وغش صفرا وغيره ولكنه مع هذا صرف حتى يشترط القبض قبل الافتراق
ولا يجوز المصر بالمجلس عنه لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر ولا يخفى ان هذا لا يتاتى
في كل دراهم غالبة الغش بل اذا كان الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس اذا اريد ذلك فاما ان كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة
بها



بها اصلا بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا يراعى شرائط الصرف وانما كان كاللون وقد كان في اوائل قرن تسع مائة في فضة دمشق قريب من
ذلك قال المصنف رح ومع هذا مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارا وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك اي بيعها بجنسها متفاضلا في العدالي والغطارفة
مع ان الغش فيها اكثر من فضة لانها اعز الاموال في ديارنا ولو ابيح التفاضل فيها ينفتح باب الربوا الصريح فان الناس ح يعتادون التفاضل
في الاموال النفيسة فيتدرجون الى ذلك في النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطريف بن عطا الكندي
امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خال الرشيد ثم ان كانت هذه الدراهم التي غلب غشها تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن
وان كانت تروج بالعد فالبيع والاستقراض بها بالعد ليس غير وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هنا المعتاد فيهما اذا لم يكن نص على
ما عرف في الربوا وما دامت تروج فهي اثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وان كانت غير رائجة فهي سلعة فتتعين
بالتعيين ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم هذا اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين ان الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان او لا يعلم احدهما
او يعلمان ولا يعلم كل ان الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كانت
يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها كما هو في الرائجة لكن يشترط ان يعلم البائع خاصة ذلك من امرها لانه
رضي بذلك وادرج نفسه في البعض الذي يقبلونها وان كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الاروج وان استوت في الرواج جرى التفصيل الذي
اسلفناه في اول كتاب البيوع وتعيين الاسم الجياد وتساهل ومن احكام هذه الدراهم التي غلب غشها انها لو اشترى سلعة بها فكسدت الى قبل قبضها
بطل البيع عند ابي حنيفة رح فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان كان مستهلكا او هالكا رجع البائع عليه بقيمته ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا
وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رح لا يبطل ثم اختلفوا فقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال في الذخيرة
وعليه الفتوى لانه مضمون به اي بالبيع وهو نظير قوله في المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه آخر
ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة وفي المحيط والتتمة والحقائق يفتى رفقا بالناس لهما ان البيع قد صح بالاجماع
الا انه تعذر التسليم اي تسليم الثمن لانعدام الثمنية بالكساد وانه اي الكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع
في اوانه بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة او ينتظر الى زمان الرطب بان يوجد في السنة الثانية وكذا هنا ولابي حنيفة
ان الثمن يهلك بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة وما بقي الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية فبقي بيعا
بلا ثمن بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة ولا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحيوة ذهبت بذهاب الحيوة لا يقال فلتصير دينية اذا
انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعترض في بعض الحواشي بان انتفاء ثمنيتها يوجب انه يصير
بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل لعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق
عن دين بدين الا ان المجيب نظرا الى ان صورة المسئلة انه باع بدرهم كذا وكذا اغلب غشها وهذا لا يوجب وليس في صورة المسئلة
احضر الدراهم واشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الفرض ان البيع وقع حال رواجها اثمانا وانما كسدت بعدها بعد
القبض فسلم تعينه هذا المعترض بصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن وشرط في العيون ان يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسدت
في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند ابي حنيفة رح لانها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار ان شاء اخذ
مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته دنانير قالوا وما ذكر في العيون على قول محمد واما على قولهما فلا وينبغي ان ينتفي البيع بالكساد في تلك
البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد رح لا يجوز اعتبارا
لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت

كذلك هذا اذا كسدت او انقطعت فلو لم تكسد ولم ينقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها
وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بالعد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب
ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فكان له مظنة تغلب ظن وجوده عندهما بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن
خاص يرجى فيه بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبة الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط
لو قال بع متاع الخير بغير اذنه بدراهم معلومة فاستوفيها فكسدت قبل ان يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له
قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت
كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه قوله ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من انواع المال فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تعين بل
وعينت لا تتعين وللعاقدان يدفع غيرها عين لانها اثمان كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز له ان يستبدل بها جاز ولو باع
فلسا بفلسين باعيانهما يجوز على ما سلف في باب الربوا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية وحقا
لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربوا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين فاذا باع بالفلوس النافقة
ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده
لا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند ابي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار
البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر استدل بالمتقدم من انقطاع رطب المشتري به واباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمر العصير المشتري
قبل التسليم لا يبطل العقد فيها واجيب بالتقدم في الرطب واما العبد فماليته لم تبطل بالاباق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم
وكذا بالخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الا ان الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري
اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منها سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس
مثلا فلم ينص على الخلاف بالفلوس وجب الحكم به في شرح الطحاوي ولو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس او الدرهم ثم افترقا
جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها
كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود
عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس ان لا يبطل لانه قادر على اداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشائخنا انما يبطل العقد اذا اختار
المشتري البطالة فنحالان كسادها كعيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والاول اظهر ولو نقد الدرهم
وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها ولان يسترد نصف ثمن الدرهم وعلى هذا لو اشترى
فاكهة او شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع عليه ان يرد المبيع ان كان قائما او القيمة او مثله ان كان هالكا وهذا معلوم مما ذكرنا
الا ان ابا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع ولا فرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهو انه اذا باع الفلوس بدرهم
لان هناك لو اوجبنا رد قيمة الفلوس تمكن فيه الربوا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير ان قيمتها غلت او رخصت
لا يبطل البيع وعليه ان يدفع العدد الذي عينه منها ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة رح يجب عليه مثلها لانه
اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية
تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد رح



يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رح انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر
قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة يرد مثلها عددا اتفقت الروايات عنه واما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال ابو يوسف
في قياس قول ابي حنيفة عليه مثلها ولست اروي ذلك عنه ولكن الرواية في الفلوس اذا اقرضها ثم كسدت وقال ابو يوسف عليه قيمتها من
الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها وجه قوله انه اي القرض اعارة وموجبه اي موجب عقد
الاعارة رد العين اذ لو كان استبدالا حقيقة موجبا لرد المثل استلزم الربوا بالنسيئة فكان موجبا رد العين الا ان ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك
المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين وبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا اجبر المغصوب منه
على قبول المثل اذا اتى به الغاصب في غصب المثلي بلا انقطاع مع ان موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكاسد والثمنية
فضل في القرض غير لازم فيه وكذا يجوز استقراضها بعد الكساد ولذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا ثمنية ولهما انه لما بطل
وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض
قرضا موصوفا بها لان الاوصاف معتبرة في الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها وصفها لغو لانها تعرف بذواتها
وتاخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما ثم اصل الاختلاف في وقت الضمان اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة
عند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء قوله هما انظر للمقرض من قول ابي حنيفة رح لان في رد المثل اضرارا به ثم قول ابي يوسف رح
انظر له ايضا من قول محمد لان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع فكان قول محمد انظر للمستقرض وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته
يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول ابي يوسف ايسر في ذلك قال
ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس
او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم
فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى
عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من الفلوس
معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لا سيما في ديارنا
قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس فاكهة او غيرها بان قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس فقال بعتك انعقد
موجبا فدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدانق من الفلوس وهو سدس درهم او بقيراط وهو نصف السدس
وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها والا فالثمن
مجهول ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فان المعنى انه شرط ان يعطي بنصف الدرهم
الذي هو الثمن فلوسا وهو ان يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف
درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بانه فلوس وهو لا يمكن عرف ان المراد بما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس
فاغنى عن ذكر العدد وبخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لان الثمن ح من الابتداء
ما يباع من الفلوس بنصف درهم ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فكذا عند ابي حنيفة رح وعند محمد لا يجوز الا فيما دون الدرهم لان المبايعة
في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم ليصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا اي المدن التي

وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدراهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس ثم وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بانه المراد ولا فرق فى ذلك بين دون الدرهم والدراهم نصفا عن الدرهم ولم يذكر فى المبسوط خلاف محمد والمذكور فى خلافه رواية خلاف ظاهر الرواية عنه وفى بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت فى كلام من يحتج بكلامه فى اللغة وفى بعضها على الصواب قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابى حنيفة رح بطل فى الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوى فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطنى نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضى الله عنه وفى اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية قوله ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطنى بنصفه او ربعه او قيراط منه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة وعلى رواية ان يقول او بثلاثة ارباعه ثلاثة ارباع درهم الا حبة وقس الباقى جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى من النصف الآخر والثلاثة الارباع وباقى الصور لان نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابى حنيفة رح بطل فى الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوى مقارن للعقد فيشيع وقد مر نظيره يعنى فى باب البيع الفاسد فى مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن لشيوع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع ولو كرر لفظ الاعطاء بان قال اعطنى بنصفه فلوسا واعطنى بنصفه نصفا الا حبة كان جوابه كجوابهما فى ان الفساد يخص بالنصف الآخر لانهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكى عن الشيخ ابى جعفر وشيخ الاسلام والمظفر انه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب ولفظ اعطنى مساومة واذا كان قوله يعنى بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فاعطنى وليس من مادة البيع اولى وجه لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف فى معنى مثله يصح ايضا الا انهم لم يذكروه او ان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يحمل بيعا فى النصفين بالمعاطاة فيهما والله اعلم ولو قال حين دفع اليه الدرهم الكبير اعطنى نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز فيهما لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم الا حبة فيتحرى للجواز بان يكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع به كان الحاصل اعطنى بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الا حبة وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص نصف الدرهم فصار كالاول كانه قال اعطنى بنصفه نصف درهم فلوس وجوابه ان موجب التحرى للتصحيح ان المعنى على ذلك التقدير اعطنى بهذا الدرهم نصف درهم الا حبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد انه انما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف الا حبة بمثله قال المصرح وفى اكثر نسخ المختصر يعنى القدورى ذكر المسئلة الثانية ولم يذكر الاولى ولذا قال شارح وهو غلط من الناسخ فروع اتقدم بعضها فى ضمن التعليل فربما يغفل عنها مصارفا جنسا بجنسين متساويا فزاد احدهما او حط شيئا وقبل الآخر التحق باصل العقد وبطل العقد وقال ابو يوسف لا يلتحق بهما ولا يبطل وقال محمد يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتداة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد او حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير ان الزيادة يجب قبضها فى مجلس الزيادة لانه ثمن الصرف وعند من لا تلحق الزيادة باصل العقد كالشافعى واحمد لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افترقا عن قبضها بطل حصتها من الثمن البدل الآخر كانه باع الكل ثم فسد فى البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق او بعده ويرد الذى حط ما حط وان كان الحط قيراط ذهب فهو شريك فى الدينار مثلا لان فى تبعيضه ضررا وكل مال ربوى لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة او من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشترى معيبا له ان يرده بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به ان لم يقبض الثمن من البائع فى مجلس الرد



لانه فسخ وبغير قضاء يشترط التقابض فى مجلس الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لانه بيع فى حق الشرع فان تعذر الرد بان ملك فى يده او حدث عيب آخر رجع بارش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يودى الى الربوا فان قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشترى بعد وانه لو اشترى دينارا بدرهم ولا دينار عنده ولا درهم ثم استقرض فاستقرض ثم افترقا بقى بيضا قبل التفرق جاز وفى الكميل لا يجوز عن ابى حنيفة رح اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد احدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه فى تقسيم الطحاوى اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائتى درهم ثم علم ان حليته مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد فى الثمن مائة اخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا ليتمحض لما يكون للحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد فى الكل ولو كان ذلك فى ابريق فضة بطل العقد فى نصف الابريق والله تعالى اعلم

# كتاب الكفالة

قال الكفالة هى الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول اصح اورد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها فى الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشترى فيحتاج الى من يكفل بالثمن او لا يطمئن المشترى الى البائع فيحتاج الى من يكفله فى المبيع وذلك فى السلم فلما كان تحققها فى الوجود غالبا بعدها اوردها فى التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهى انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت فى الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من ابواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهى التفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفى همهما ونوئه مع اهمها وفرح جانبهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا فى قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان اباح لها ذلك وسمى نبيا بذى الكفل لانه تكفل جماعة من الانبياء لملك اراد قتلهم وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه اما تقربا الى الله تعالى او ازالة الاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه ما اهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة الضرر الذى ذكرناه آنفا ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذى وقال حديث حسن والاجماع وشرطها فى الكفيل كونه من اهل التبرع فلا كفالة من صبى ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا يصح من المريض الا من الثلث وفى الدين ان يكون صحيحا فلا كفالة فى بدل الكتابة لانه ليس دينا صحيحا اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم واما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عينا او معنى قال فى المغرب تركيبه دال على الضم والتضمن ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه وكفل الشيطان مركبه واما فى الشرع فما اشار اليه المصنف بقوله ثم قيل هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين قال والاول اصح فلا يثبت فى ذمة الكفيل خلافا للشافعى ومالك واحمد فى رواية فيثبت الدين فى ذمة الكفيل ولا يسقط من الاصيل ولم يرجح فى المبسوط احد القولين على الآخر مما يحال من لزوم صيرورة الالف الواحد الفين كما ذكره بعض الشارحين قال فى المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت فى ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون الا من احدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا فى قيمة واحدة لانه لا يستوفى الا من احدهما واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا يريد باختياره التضمين بالقبض منه لا بمجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق براءته احدهما بمجرد ذلك لا بابراء الآخر ومما يدل على ثبوت الدين فى ذمة الكفيل انه لو وهب الدين الكفيل صح ويرجع الكفيل على الاصيل مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا لا يصح مع المشترى بالدين من غير من عليه الدين لا يجوز والحاصل ان ثبوت الدين فى الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز ان تعتبر الشئ الواحد فى ذمتين انما يمتنع فى عين ثبت

في زمن واحد في عارفين عن نفسين وكمن المختار ما ذكرنا انه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان امكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل واما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانا جعلناه في حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وتحقق الضرورة فيدعو الى ذلك ولا يخفى ان المنقول من قول ابي حنيفة ان الدين فعل يقتضي ان الدين يكون في ذمة الكفيل ايضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل ذلك ولو اوجب عليه ثم الوجه ان يطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالديون تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلك يجب تسليم قيمته اذا ثبت بالبينة او بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها والاعيان الواجبة التسليم وهو الامانة كالعارية والمستاجر في يد المستاجر تصح الكفالة بها ومتى هلك لا يجب على الكفيل قيمته بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها اصلا واما ركنها فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف رح في قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك واحمد وقول الشافعي واختلفوا في قول ابي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده وموقوفة على اجازة الطالب او يصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل واما حكمها فثبوت حق المطالبة من الكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل اولا وفي رواية عن مالك لا يطالب الا اذا تعذر ذلك وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة وداود وابو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل اصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب اصحابنا احتجوا بما روى ابو سعيد الخدري انه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي انا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم اقبل على علي فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك فقيل يا رسول الله اله خاصة ام للناس كافة فقال للناس كافة فدل على ان المضمون عنه برئ من الضمان وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المومن معلقة بدينه حتى يقضي عنه وقوله في خبر ابي قتادة الآن بردت جلدته وصلوته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلوة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بعنونة عقيب ضمان علي اذ يدل على ان الضمان تم بذلك قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لانه له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة قوله قال اي القدوري الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المصنف بانه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير امره وكذا بامره لان امره لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين واستدل للمذهب بما اخرج من قوله



صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم باعتبار عمومه وقوله بنوعيه اي نوعي عقد الكفالة واعترض بانه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال واجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم اذا لزم ما يغره والغرم اللازم ذكره في المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما اشار اليه المصنف بقوله والحاجة ماسة وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما ظن من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر انه ينقاد اذا كان بامره وان كان بلا امره يمكنه احضاره بالاستعانة باعوان الحاكم وابطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول به بانه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تامل وروي انه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فتكفلت ام كلثوم بنفس علي واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب بمنع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه انها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها واما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي فان الحد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما واما الجبر على اعطاء الكفيل فيهما ففي الحدود لا جبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما واما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلان الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب بالاداء اما ان يجيب ويحضر اولا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته ولو احضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قوله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي وذلك عندي هذا الرجل على ان اوافيك به او علي ان القاك به او دعه الي وحميل بالمهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في الفائق الحميل ضامن واما القبيل فهو ايضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم الكفالة اذا اضيفت الى جملة البدن او ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت او انا حميل او زعيم بنفسه او رقبته او روحه او جسده او راسه او بدنه او وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كهو والراس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رح ما اذا كفل بعينه قال البلخي رح لا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والذي يجب ان يصح في الكفالة والطلاق اذ العين مما يعبر عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم اما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده او رجله ويتاتى في قرنه كما تقدم في الطلاق وكذا اذا اضاف الى جزء شائع منه كفلت بنصفه او ثلثه او جزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فذكر بعضها شائعا كذكر كلها ووجه ضمنت بانه تصريح بموجبه لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في اكثر الصور وعلى صيغة الالتزام والي في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا اي يتيما فالي لان العطف يقتضي المغايرة وقوله وقد رويناه فيه اقتصر في بعض النسخ

وفي بعضها بحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وفي الصحيحين عن ابي هريرة رضـ عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته
ومن ترك كلا فالينا واخرجه ابو داؤد والنسائي وابن ماجة عن المقدام بن معدي كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا
فالي ومن ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه
ابن حبان في صحيحه في العقلاني داؤد وانا اولى بكل مومن من نفسه فمن ترك دينا او ضيعة فالي بخلاف ما لو قال انا ضامن لمعرفته لا يثبت به الكفالة
لانه التزم معرفته دون المطالبة وكذا انا ضامن لك على ان او افعك عليه او على انا ولك عليه او على منزله ولو قال ضامن لمعرفته
وعن تعريفه وفيه اختلاف المشائخ والوجه ان لا يلزم لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم ان يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضي الا معرفته
بكفيل المضمون وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن ابا سليمان الجرجاني عن رجل قال لآخر انا ضامن لمعرفة فلان قال ابو سليمان اما في
قول ابي حنيفة وابيك لا يلزمه شئ واما ابو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه ابو الليث في النوازل هذا القول عن ابي يوسف
غير مشهور والظاهر عن ابي حنيفة ومحمد في خزانة الواقعات وبه يفتي على بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى ان في قول ابي يوسف فيمن قال انا ضامن
لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان انا ادفعه اليك او اسلمه اليك له وقبض
لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات حالة قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو ان يقول ان لم يؤد فانا
اودي نظيره في النذر لو قال انا احج لا يلزمه شئ ولو قال ان دخلت الدار فانا احج يلزمه الحج قال فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول
به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء
حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة فلعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان
مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة
فينظر كالذي عسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قوله فان شرط في الكفالة
اي بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه او يوم لزمه احضاره فيه والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره
فان ظهر لا يحبسه اذ لا فائدة في حبسه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة
يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى ان يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال او بشهود بذلك
فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعتبار بالدين واذا اخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من اشغاله
واذا لم يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال المطالب يعرف مكانه وقال الكفيل لا اعرف وان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها
ان موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب فيؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن له ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل
وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر فيظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق
في دعوى ما يسقطها فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب
يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بيننا وبينهم موادعة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق وان كان موتا فهي
حكمه في ماله يعطى الاقرب اليه اما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية
فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان احدهما لا يسقط الطلب كما هو دونها والثاني يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة قال واذا احضره
وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود
به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل ٢٠



في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر
على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه
برئ عند ابي حنيفة رحـ للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير
الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه قوله واذا احضره وسلمه اليه في مكان يقدر المكفول له على ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر من الامصار
برئ الكفيل من الكفالة سواء قبله الطالب او لا كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه ما التزم التسليم بالكفالة الا مرة
وقد حصلت ثم الشرط عندهما ان يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن ابي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الاخيرة لكن مسائل التسليم
ووضعها هنا انسب ووجه قوله انه يثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته
وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار فلا يفيد الكفيل فائدة المقصود به وقولهما اوجه وفي الفتاوى القاضي
اذا اخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضي او الى رسوله برئ وان سلم الى المدعى لا وهذا اذا لم يضف الكفالة
الى المدعي فان اضافه بان قال اكفل للمدعي فالجواب على العكس اما ان عين مجلس القاضي او المسجد الجامع فالمذهب انه اذا سلمه في السوق
برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة وعين اختلف الزمان رأى المشائخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت
باعتبار انه يقدر على ايصاله الى مجلس القاضي بمعاونة الناس وغبار الطريق الآن لا يقدرون او لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيدا
وقد روى ذلك عن ابي يوسف نصا وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل ويجب ان يفتي بهذا ولو شرط تسليمه عند الامير فسلمه
عند القاضي او عزل ذلك القاضي وولي غيره ورفعه عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة ولو سلمه في برية او سواد لا يبرأ اتفاقا ولو سلمه في السجن
وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي ان يخرجه حتى يدفع الكفيل الى المكفول له
ثم يعيده الى السجن مفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فاتي به الذي ضمنه
الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس
ان كان الحبس الثاني من امور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في امر من امور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم
اخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الي فدفعه اليه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القيد في قول المصنف قد حبسه
غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالته كان جائزا ايضا وبرئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل
وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من
الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق
قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي
ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قوله واذا مات المكفول به برئ بالكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن
احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل يعني يبرأ لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه
وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب الذي هو النفس بخلاف الكفيل بالمال اذا مات فانه يطالب باداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك
فيطالبه الوصي فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت ويرجع ورثة الكفيل على الاصيل اعني المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره كما في الحيوة
ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا يرجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل
باق في حق المكفول عنه لماله مؤجل لبقاء حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل على الكفيل ايضا اما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة

بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصي او الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين قوله ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه اي دفع المطلوب هو موجب التصرف يعني الكفالة ولا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه فالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير ان يشترط والتحقيق ان موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة يوجب الدفع فان كانت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجدت وقد وجدا وقد فرض الدفع فيثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله كما في قضاء الدين يعني اذا اسلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض بريء وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب على المالك يبرأ مع انه جاز فيها اوصى والبائع اذا اسلم المبيع الى المشتري الفقيه ابو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة اي ان يستوفي حقه لان الكفالة ما اريدت الا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوف يجب عليه تسليمه اي ان يستوفي فيه فازال هذا الوهم ببيان ان عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا يفيد التكرار ولو سلم المكفول به نفسه من الكفالة صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قوله ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي او دفعت نفسي اليك من كفالة فلان صح عن كفالة فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا قال المص لانه اي المكفول مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب مطالب الكفيل فكان تسليم نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طالبه معجل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب او لم يقبله وكذا اذا سلمه رسول الكفيل او وكيله لقيامهما مقامه يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك او سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل او سلمه اجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل ح بخلاف ما لو سكت الاصيل فلم يقل شيئا لا يبرأ قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رح لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن للالف لان الكفالة بالمال في هذه معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا تعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة المعلقة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان اما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة لانه اي لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع كما لا يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقيل الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا ولنا انه اي عقد الكفالة يشبه البيع في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع الى المكفول عنه بما ادى فصار كالمعاوضة ويشبه النذر ابتداء من حيث انه تبرع في الابتداء والتزام المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين فقلنا ان كان التعليق بشرط متعارف بين الناس اي لتعارفوا تعليقها به صح عملا بشبه النذر وان كان بغير متعارف كدخول الدار وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسألة وهي الالف اتفاقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف



صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا يضره جهالة المكفول به ولو قال كفلت لك بما لك عليه صح ومهما ثبت بالبينة انه عليه لزمه واما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة وانما لا يصح الكفالة الثانية للتعليق وانما تجوز صحتهما للمقتضي وهو الكفالة بالنفس اولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددان الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط احدهما اسقاطا للاخرى لجواز ان يكون له مال آخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس في اللفظ ما يوجب ان التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على اني ان لم اوف به الى كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة اخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فيثبت الكفالتان ولا يخفى ح انه لو كانت المعلقة بما له عليه بان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل بما له عليه ينبغي انه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بانه لم يبق له قبله حق حتى ان تبطل الكفالة بالنفس ح ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع امره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا عن البائع ويرده عليه قال الفقيه ابو الليث هذا خلاف قول اصحابنا وانما روي في بعض الروايات عن ابي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول فهنا ثلاث مسائل احدها ان يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وانه جائز استحسانا والثانية ان يكون الطالب مختلفا فيهما فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا او اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يواف به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يواف عند انقضائه منه فانا بريء منه فالتقى بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم توافِ انت لم يصدق واحد منهما فلو اقام المطلوب بينة على الموافاة بريء من الكفالتين ولما كفل على انه ان لم يواف فعليه المال فادعى الكفيل انه وافاه به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم اوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على ان يوافيه بعد الغيبة ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه يعني بعد الغد ضمن المال للمكفول له ويرجع على ما ورثه المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي زائلة بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت اجيب بالفرق بان الابراء وضع لفسخ الكفالة فتنفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال واما المحصل جواب المجهول والمبسوط بان تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بان يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة مخروج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في اكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلهذا ذكرها المص والوجه ان هذه تفيد فائدة اخرى وهي ان عدم الموافاة اذا كان لعجز الميت لا اثر له ويثبت عنده ضمان انما كان يتوهم ان العجز الموجب لعدم الموافاة يكون لتقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بامر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا تكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا تفيد عدم معرفة حكم هذه اذا عرف ان المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت بل يجب المال دينا في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان اوفى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل القضاء والمدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك ثم هو

ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا
فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك
لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولان لم يصح الدعوى
من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان
المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي فتصح الدعاوي على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان
باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قوله ومن ادعى على آخر الخ عولها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها او لم يبينها او لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوف به غدا
فعلي مائة دينار فرضي بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة بالدنانير في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول ابي يوسف
وقال محمد ان ادعى فلم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار وادعاها بعد ذلك لم التفت الى دعواه واراد بالوجهين ما اذا بينها لا ذكر انها جيدة
او ردية او وسط او غير ذلك او لم يذكر كذا قيل والاخرى ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة بينها اولا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى
المقدار الذي سماه الكفيل لمحمد وجهان احدهما انه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على ان يترك
المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال وكلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول ابو منصور الماتريدي
وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني ان الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم تصح مع جهالة المدعى به من غير بيان
فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل
للكفالتين قال المص ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي قبل الحضور الى مجلس القاضي احترازا
عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب
عليها صحة الثانية ونحن قد اسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلي مائة دينار وكذا ذكر غير احد وكذا في المبسوط فالوجه ان
يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انه اراد الالف التي سيدعيها حكما منا بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه
تصحيحا لكلام العاقل ما امكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا انا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر
موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر انما كفل للمدعي بها بالالف وفي الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم
يواف به غدا فعليه الف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لا شئ علي والطالب يدعي الفا والكفيل ينكر وجوبه
على الاصيل فعلى الكفيل الف درهم عند ابي حنيفة وابي يوسف وفي قوله الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شئ عليه وهذا يقتضي ان
الحاصل ان ابا حنيفة وحده ويستفاد منها ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وح
ذكر ما يظهر فيها قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجوز في حد القذف
لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة قوله عليه السلام
لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات
فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها
واجب فيطالب الكفيل به فيتحقق الضم قال ولا حبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس
للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه



فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة
قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح قال المص معناه لا يجبر على اعطاء الكفيل عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه
حق العبد ولهذا اشترط الدعوى وفي القصاص خالص حق العبد ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله تعالى اخلاء الارض عن الفساد
ومعنى الجبر ليس ان يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه او يجلس معه خارج البيت او يعطي كفيلا بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى
كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طالب بنفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة او قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى
لانه لا يصح سمع دعوى احد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة قبل التعديل او شهادة واحد عدل يحبس
وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي
على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله فتصح الكفالة باحضاره واورد عليه ينبغي ان لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه اكثر اجيب بان الحبس
في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الدعارة والفساد وتعزيرا واذا لم يكفل به فماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس
فان احضر البينة فيها والا خلى سبيله وروي عن ابي يوسف في الذي يبيع الخمر ويشربه ويترك الصلوة احبسه واؤدبه ثم اخرجه ومن يتهم
بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واخلده في السجن الا ان يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولابي حنيفة قوله
صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن ابي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وهو من مشائخ بقية
المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي واعله به قال مجهول لا اعلم روى عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين ولان مبنى الكل يعني
الحدود التي حق الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها
الاستيثاق كما في التعزير حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا ولو سمحت نفسه اي نفس المطلوب باعطاء الكفيل بلا جبر يعني في
حد القذف والقصاص جاز لانه امكن ترتيب موجبه عليه وهو تسليم النفس لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب بها الكفيل فيتحقق الضم ومقتضى هذا التعليل
صحة الكفالة اذا سمح بها في الحدود الخالصة لله تعالى لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على ان ذلك في الحدود
التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد
عدل يعرفه القاضي انه عدل لنفي المجهول لان الحبس هنا للتهمة لا للاستيفاء الحد والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان التهمة
تثبت بذلك فاذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روى بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة
وقد منا تخريجه والكلام فيه في الحدود بخلاف الاموال لان الحبس اقصى عقوبة فيه اي في المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من
الايفاء يحبس فكان اقصى عقوبة فيها اما الحدود والقصاص فاقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد
والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك واصل التاء فيه واو من وهمت الشئ اتهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خلدي والوهم
ما وقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا كهذا والاسم التهمة بالتحريك اصله اوتهمت كما في اتكلت اصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو
ياء لانكسار ما قبلها ثم ابدلت منها التاء وادغمت في تاء الافتعال قال المص وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص
بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة اذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي
اخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود باحدهما ويجمع بينهما بان المراد بالاولى يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس ان قدر على
الكفيل ولا يخفى ان المراد بالحدود حد القذف والقصاص قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن
الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج

دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكوة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن فامكن ترتيب موجب العقد اى كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به فظهر بما قررناه ان قوله مطالب به يمكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم انه لا يجوز الكفالة به لان الخراج فى حكم الصلوة ووجوبه بحق الشرع كالزكوة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكوة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام فى الاموال الظاهرة والمالك فى الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تمليك طائفة من المال شكر الله على نعمة الغنى ولذا لا يوخذ من تركته حقا جبرا للورثة عندنا ولم يخص كونه له مطالبة من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يحقق مطالبا من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ملك ان يكون غير المالك مطالبا للمالك والمالك مطالب بدفع الامام ليس غيره ومطالبة الامام ليس لايصال المستحقين الى املاكهم بل الى ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات

قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهى متعددة والمقصود التوثق وبالثانى يزداد التوثق فلا يتنافيان قوله ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر بنفسه جاز وهما كفيلان بالنفس لان موجبه التزام المطالبة وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا سلم احدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طولب كل بحصته او على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بالف لا يطالب احدهم الا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالالف واذا قضى سقطت عن الباقين واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك فى هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسياتيك فى موضعه ان شاء الله قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعانى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك واذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه تمليكه من الثانى اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق قوله واما الكفالة بالمال هو عديل قوله اول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة الصريحة لو قال اما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك واحمد والشافعى رض فى القديم وقال فى الجديد هو وابن ابى ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات فى مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله او دفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم فى ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تبيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلى فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة ايام بخلاف البيع ومما ينقض به من انه لو قال انا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه ان يبين له مقدار شاء وعلى ضمان الدرك اجماع وضمان الدرك ان يقول للمشترى انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد مع جواز ان يظهر استحقاق بعضه او كله وقد نقل نص الشافعى على جواز ضمان الدرك واما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم على ان شرع من قبلنا شرع لنا اذ اقصه تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن ان يدعى ان حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف فى زماننا ان الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به وصار كما لو كفل بشجة اى خطاء



فان فى العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطاء ففى الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجبت دية النفس والا فارش الشجة ومع ذلك صح وقدمنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد يتمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده ولذا لا يحتجز عن دين الزكوة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكوة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الدين وان شاء طالب الكفيل وهو قول اكثر اهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل وله مطالبتهما جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبته ومطالبتهما شاء الا اذا شرط فى الكفالة براءة الاصيل فح لا يطالب الاصيل بناء على صيرورتها حوالة عقدت بلفظ الكفالة يجوز بها فيها فتجرى عليها احكام الحوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل ينعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيهما بخلاف المالك المغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعنى الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضى عليه بذلك ليس له ان يضمن الآخر لان اختياره تضمين احدهما اى ان قضى عليه يتضمن التمليك منه فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضى التمليك ولو قضى عليه ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه فعلى او ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق

قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا وما ذاب لك عليه اى ما وجب وثبت عليه فعلى من ذوب الشحم لان المعنى ان بايعته فعلى درك ذلك البيع فان ذاب لك عليه شئ فعلى وكذا ما غصبك فعلى واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو باع مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن فى المبايعة الثانية ذكره فى المجرد عن ابى حنيفة نصا وفى نوادر ابى يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو باع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له فى الاضافة فلو قال ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف القدر وجهالة المكفول به فانها قليلة تتحمل والحاصل ان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه فى التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفى التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا فهو على لا يصح بجهالة المضمون عنه فى الاضافة فكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو على لا يصح بجهالة المكفول ولو قال ما غصبك فلان و سرقك فعلى جاز لانتفائهما ومن المثل ما غصبك اى اهل هذه الدار فانا له ضامن لا يصح الكفالة كانه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح بجهالة المكفول عنه فمن بايع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ بجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلى يصح فانهم معلومون عند المخاطبين فايهم باعوه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين ويجب كون اهل الدار فى المسئلة التى قبلها ايضا معينين معلومين عند المخاطبين والا فلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو الف او لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال الرجل كفلت بما لك على فلان او بما لك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة المكفول عنه فى غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول عنه فى التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه فى التنجيز والاضافة

حيث يصح في التنجيز دون الاضافة اما الاول فما ذكر في الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه ملك
ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من تعيين فلا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري
مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وامره فلا تمنع جهالة المعتق جواز العتق واما الفرق
بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتوفيق ان القياس يابى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك في حق الطالب وانما جوز استحسانا للتعامل
والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا ان المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا
عرف هذا جئنا الى مسئلة الكتاب واستدلال المص واكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ونقل عن ابي بكر الخصاف
تضعيف الاستدلال به لجواز ان يكون لبيان الامارة لا الكفالة وكذا قاله اصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستاجر
لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان الامارة على هذا الوجه جائز كمن ابق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب
الكفالة بل من الجعالة ان المكفول له في الآية مجهول والكفالة بين جهالة الا في مسئلة واحدة ستاتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان
الزعيم حقيقة الكفيل والموذن انما نادى الغير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى بامره ثم كفل
عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا ان فيها جهالة المكفول له فقد اشتملت على امرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم
انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها بجهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا لجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له
وغيبته بحديث ابي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال هما علي فصلى عليه عليه الصلوة والسلام فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ
احدهما وهو جوازها بغيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيهما من الاجماع على صحة ضمان
الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو ان يكون شرطا ملائما والملائمة
اشياء باحد ثلاثة امور احدها ان يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المص بان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فان استحقاقه سبب
لوجوب الثمن على البائع للمشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بالصاع فانه سبب وجوب الجعل الثاني
ان يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث ان يكون سببا
لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد او هرب او مات ولم يدع شيئا ومن الصور المروية عن محمد ضمنت مالك على فلان ان يؤدي وان حل مالك
عليه ولم يؤدك به وفي الخلاصة نقلا من الاصل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا ضامن لك صح وكذا ان قتلك او ابنك
فلان خطأ فانا ضامن للدية صح بخلاف ان اكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار وقدم فلان وهو غير مكفول عنه وهبت الريح او جاء
المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كان يقول كفلت به او بما لك عليه الى ان يهب الريح او الى ان
يجيء المطر لا يصح الا ان الكفالة تثبت حالة وانما يبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بها نحو اذا هبت الريح فقد كفلت به او بما لك عليه فان الكفالة باطلة اصلا
ولو جعل الاجل الحصاد والدياس او المهرجان او النيروز او صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة
اصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المص لهذا القول لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
يقتضي ان في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفي فتاوى قاضي خان ان الكفالة باطلة
فتصحيحه ان يحمل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقلد المص في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق
واراد التاجيل هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا
ضامن الى ان قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كلما جاز



تعليقه بالشرط لا يفسد بالشرط الفاسد كاصله الطلاق والعتاق وفي الخلاصة كفل بمال على ان يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا في
الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها فان قال تكفلت
بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان
به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر
من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قوله فان قال تكفلت
بما لك عليه هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت
لك بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شيء الا ان تقوم البينة بمقدار الف او غيرها لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه فيجب عليه ولو لم
يقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه مع يمينه وان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية
له عليه ويصدق المكفول عنه في حق نفسه بما اقر به على نفسه لولايته عليها بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو علي او ما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم
الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب
ونحو الكفالة بما يجب والوجوب ثبت باقراره بخلاف ما قضي عليه لك لا يلزم الا ان يقضي ومثل ما لك ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب اقررت
له بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه واجب عليه وان قال ما اقر به فاقر به في الحال يلزمه
ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان اقر لك ولو ابى المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس
باقرار بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به فهو علي فمات الكفيل ثم اقر فلان فالمال لازم في تركة الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل
قال الآخر بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علي صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه مني واقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا
بلا بينة ولو جحده الكفيل والمكفول عنه واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان ما لك عليه فانا ضامن له لك
لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه لزم الضمان ايضا ولو لم يمت لكنه قال انا اعطيك ان اعطاه
مكانه او ذهب الى السوق فاعطاه او قال اذهب الى المنزل حتى اعطيك مالك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك فلم يعطه من يومه لزم الكفيل
ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فانا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز عن مالك
عن الاداء فهو علي فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على ان يكفل عنه فلان بكذا
من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة قصد الوالي ان ياخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم فظفر الوالي ببعضهم فقال
المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوه علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو اخذ الوالي منهم شيئا فلهم الرجوع قال هذا يستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية
وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على ان يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جاز اذا امره بذلك وليس له ان يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ
الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب الوديعة او غيره او استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على ان يعطيه اياه من ثمن هذه
الدار لم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزم بيع الدار قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة
وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب لا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل
بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه
اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث
وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع [illegible]ى لانه لم يجب عليه شيء حتى

**يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل**

قوله وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه اعم من كونه باذن وبلا اذن ولانه اے عقد الكفالة التزام المطالبة وهو اي هذا الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بالضرر على المطلوب لان ضرره ثبوت الرجوع ولا رجوع عليه لانه اي الرجوع عند امره وعند امره يكون قد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى لانه قضى دينه بامره مقيد بامرين احدهما ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا او محجورا او امر من تكفل فلا رجوع له عليه فلو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي ماذونا صح امره ويرجع الكفيل عليه لصحة امره بسبب الاذن ثانيهما ان يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني بضمن لفلان او على قوله وانا ضامن لفلان ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الاداء لان الكائن مجرد الامر بالضمان والاعطاء فجاز ان يكون القصد ليرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم مال وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان الف درهم او اقضه الف درهم ففعل لم يرجع على الآمر الا اذا كان خليطا او شريكا وقال ابو يوسف يرجع لانه وجد اقتضاء بناء على الامر فلابد من اعتبار الامر فيه وان لم يكن كذلك الا اذا كان قضاء من جهة الذي مر نصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضا منه وحتى قلنا الا يقع عن الذي الغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء اما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه فاو دمطالبته بالفرق بين الامر بالكفالة وبين ما اذا قال ادعني زكوة مالي واطعم عني عشرة مساكين فادى عنه لا يرجع على الامر ما لم يشترط الضمان فيقول على اني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به واجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام بان الامر طلب التمليك من المامور في الفصول كلها لانه امره ان يودي عنه ويقتضي عنه ولن يكون قاضيا عنه الا بعد ان يصير المقتضي به ملكا للآمر الا ان الملك للامر انما يثبت في ضمن ملك القابض فتثبت على وفقه فمتى يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما تملك بالمثل وهو الدين السابق رحتى لو ظهران لا دين عليه يسترد منه المقبوض فثبت للامر ملك مضمون بالمثل وليس كذلك الا القرض وفي باب الزكوة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر ان لا زكوة عليه لا يسترد من الفقير قبض فيثبت للامر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكوة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا ان الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي يثبت للقابض وقوله وان كفل بغير امره لم يرجع هو قول للشافعي ورواية عن احمد وقول مالك وفي رواية عن احمد يرجع كالوكيل بامره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل او كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فانما معناه التشبيه اي هو كالمملك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتاخر الى ادائه وهذا لا يكون في كفالته بلا امره لانه تبرع ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع وقوله رجع بما ادے معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه فانما يرجع بما ضمن حتى لو كان الدين زيوفا فادى عنها جيادا فانما يرجع بالزيوف او كان الدين جيادا فادى عنها زيوفا وتجوز الطالب بها فيرجع بالجياد بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى فلو كان الدين جيادا فادى زيوفا يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فادى جيادا رجع بالزيوف ايضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنصف الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل او تصدق به عليه فانه يملكه ويطالب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي ان لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار فهذه المسئلة استدل من قال ان الكفالة تضم في الدين اجيب بان هبة الدين من



غير من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم ياذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر واذن له في قبضه جاز استحسانا وههنا لما ادى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه ان يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان بقبضه الطالب من الكفيل سقطت الا عن الدين الذي على المطلوب اذا صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والا وجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما باداء احدهما كما هو احد القولين اذ اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لابد من قبوله بخلاف ما اذا ابرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء يسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله وكما اذا ملك المحتال عليه الدين بالاداء الى المحتال بان احال المديون رجلا على رجل ليس عليه دين فقبل الحوالة وادى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما ادى حتى لو ادى عروضا او دراهم عن دنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو ملك وكذلك لو وهب المحتال الدين للمحتال عليه او تصدق به عليه او ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله كما ذكرنا اي في الحوالة اي حوالة كفالة المنتهى بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء كما ذكرنا قريبا وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسمائة حيث يرجع بما ادى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف لانه اسقاط وهو ابراء عن بعض الدين فيسقط ولا يتقرر الى الكفيل وقوله كما ابرأ الكفيل يعني عن خمسمائة واخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة اذ المعنى اذا ابرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل **قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه** من جهته فيعامله بمثله قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه اي الكفيل لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع واذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل فان لزوم الكفيل بالمال فله ان يلازم المكفول عنه اذا كانت الكفالة توجب الرجوع حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه خلافا للشافعي رح في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد قلنا ملازمته وحبسه معه كما جاز ان يكون للدائن جاز ان يكون لانه الذي ادخله في ذلك فعليه خلاصه او لا فيعامله بمثل ما عامله به **واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا** فبخلافه قوله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل بالاجماع لان الدين عليه اي على الاصيل في الصحيح خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف اثر هنا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل انه ليس الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل يشترط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل او موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشائخ ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا ابرأ صح قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرناه قريبا ولو كان ابراء الاصيل او هبته او التصدق عليه بعد موته فعند ابي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو ابراه في حالة حيوته ثم مات وهذا يختص بالابراء وان ابراء الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه اي على الكفيل المطالبة دون الدين وبقاء الدين بدونه اي بدون المطالبة على تاويل الطلب جائز فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين

على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بابرائه وكذا اذا اخر عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابرا موقت فيعتبر
بالابراء المؤبد فان قيل الابراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ويرد الاصيل يرتدان كلاهما فالجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في
كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد عليه ما ذكر في الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب
بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة
تعود بعد الاجل والتاخير قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا فانما لم يقبل الكفيل التاخير او الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال وهذا
يخالف ما لو كفل بالمال اي بالدين الحال موجلا الى شهر مثلا فانه يتاجل عن الاصيل الى شهر لانه اي المكفول له لا حق له حال الكفالة الا في الدين
فليس اذ ذاك حق يقبل التاجيل سوى فكان الاجل الذي يشترط الوكيل داخلا فيه فبالضرورة يتاجل عن الاصيل اما ههنا وهو ما اذا كانت الكفالة
ثابتة قبل التاجيل فبخلافه لانه تقرر حكمها قبل التاجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التاجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة
فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين
وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على
الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه
عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة ان شرطا
براءتهما جميعا عن الخمسمائة او شرط براءة المطلوب برئا جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل
بخمسمائة ان كان بامره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بالالف وان لم يشترطا براءة واحد منهما بان
لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب برئا جميعا عن خمسمائة لانه اي الكفيل اضاف الصلح الى الالف الدين وهي
الدين على الاصيل فبرئ الاصيل من خمسمائة ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي اوفاها ولا خلاف
في هذا بخلاف ما لو صالح بجنس آخر مبادلة فيملكه اي الدين فيرجع بجميع الالف وعند الائمة الثلاثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه
ادى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تحل عوضا عن الالف لما فيه من الربوا ولا يمكن تمليكهما من الكفيل لان تمليك الدين من غير
من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن ان يجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى تنتهي البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف
الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التمليك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربوا بل هو اسقاط
الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل وتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بامره ولو كان صالحه عن ما استوجب
بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها براءة الكفالة فيبقى حال المطالب على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة
هذه المسألة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على ان ابرا الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء
الكفيل فسخ الكفالة فقال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة
التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل
على المكفول عنه لانه ابراء لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال ابرئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل
البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من
المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قوله ومن قال لكفيل
ضمن له مالا بامر المكفول عنه قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى



في هذا التركيب خطابه ان تكون ثم تبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فافاد التركيب براءة من المال بتداؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار
من رب الدين وبالقبض من الكفيل كانه قال دفعت الي فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بامره والحوالة كالكفالة في هذا وهنا
ثلاث مسائل آحدها هذه والثانية قال ابرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان ياخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل
الي فهذا اقرار بالقبض عند ابي يوسف كقوله برئت الي وعند محمد كقوله ابرأتك اثباتا للادنى وهو براءة الكفيل اذ في الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين
هذا وبين ما لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الي بقضية العرف فان العرف بين الناس
ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يثبت الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند
الابراء وابو يوسف يقول هو مثل برئت الي لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل ٣
قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا يكون مضافة الى
الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان تساويين وتخلف المتاخرون فيما اذا قال المدعى عليه ابرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي منهم من
قال هو اقرار بالمال كما لو قال ابرأني من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى يكون بحق وبباطل ولو قال للكفيل انت
في حل من المال فهو كقوله ابرأتك لان لفظة الحل تستعمل في البراءة كالابراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب
غائبا واما اذا كان حاضرا يرجع عليه في البيان انه قبض او لم يقبض لان الاصل في الاجمال ان يرجع فيه الى المجمل في البيان والمراد بالمجمل هنا ما يحتاج
الى تامل ويحتمل المجاز فان كان لبعيد الا كما يحتمل قوله برئت الي معنى لا في ابرأتك لا حقيقة المجمل يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان كان
العرف من ذلك اللفظ مشتركا منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الابراء قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه
من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا
لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد
لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا يجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه كسائر الديون
قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط اي بالشرط المتعارف مثل ان يقول ان عجلت لي البعض او دفعت البعض فقد ابرأتك من الكفالة اما غير المتعارف
فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فيسقط السؤال القائل تشكل بما اذا قال الكفيل بالمال على اني ان وافيت به غدا فانا بريء من المال فوافاه به برئ من المال
لانه هذا شرط ملائم على انه لا يرد وله لان الغرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد احدهما يروى انه يجوز وهو وجه لان المبيع بمعنى التمليك وذلك
يتحقق بالنسبة الى المطلوب اما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل لا يصح تعليق
لان فيه معنى تمليك المال وقوله وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كنفس الحد ونفس القصاص اذ لا يقبل الكفيل به عن المكفول
عنه ولا الضرب والقدم وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت
تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا او المقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان
مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض
او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزام فعلا واجبا قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح
عندنا بخلاف الشافعي اعلم ان الاعيان اما مضمونة على الاصيل او غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستاجر في يد المستاجر
والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن كالرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها اصلا بناء على انها غير واجبة التسليم
فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها

واجب فصح التكفيل قبليهما وكذا الباقي من المضمون يصح التسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه تجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب
على الاصيل بل لو هلك المبيع فانما يسقط الثمن او الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا
فمتى هلك لا شئ على الكفيل وفائدتها الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع او المستاجر او الرهن انفسخت الكفالة على وزان الكفالة
بالنفس سواء وما ذكر شمس الائمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص
القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما اوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي ان لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة
والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على
الكفيل وهو ان يخليه بها ويخلي بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو اعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من
الاخذ صحيحة واما المضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل فهو دفع العين ان
كانت قائمة وقيمتها اذا هلكت على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب واقام
المدعي البينة ان العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب ان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب
القيمة والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل اعني الغاصب فان اقر الغاصب باكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط
كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك على المرتهن ليس على الكفيل شئ لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة في يد المرتهن ولا يضمن
الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين الف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم
بالكفالة ما هو مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان اعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شئ لانه لا ضمان للمرتهن
على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الراهن اخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذه به لان الراهن ضامن بجنايته العين
هنا (الا يرى) انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستاجر في كلام المص بالفتح في الموضعين وقدمنا انه متى هلك وكل
من المبيع والرهن والمستاجر بعد الكفالة بتسليم لا شئ على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستاجر ان الاجارة تنفسخ به وخروج الاصيل
من ان يكون طالب تسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجرة (ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة
بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة
فكفل له رجل لخدمته فهو باطل لما بينا) قوله ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها اي اجره ان يحمله على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل الواجب
على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه او على دابة يستاجرها والحمل
هو المستحق وهو مقدور الكفيل فصحت كفالته به ووزانه من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد ولو كفل
بنفس العبد المستاجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شئ على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب
على الموجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا يصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل
فصحت الكفالة انتهى واعترض بعض الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب ان حمله الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود
عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم اي دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستاجر الرجل نفسه
فلا فرق فينبغي ان لا يجوز الكفالة فيه ايضا لان الحمل ايضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل انه ان كان الحمل على الدابة تسليمها
فينبغي ان يصح الكفالة فيهما لان الكفالة بتسليم المستاجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستاجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل فينبغي ان يصح فيهما لان التحميل غير واجب
على الاصيل والحق ان الواجب في الحمل على الدابة معينة او غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية مع التزام



وما ذكرنا من الحمل عليها ففي المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها اذ ليست له ولاية عليها ليصح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه
او دابة استاجرها قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز اذا بلغه
فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا
وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه
فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني
بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح
اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا
اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض
ذلك لاجنبي اختلفت المشائخ فيه) قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فاجاز ولم
يشترط في بعض النسخ اي نسخ كفالة الاصل عن ابي يوسف الاجازة بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل ان عنه روايتين والخلاف في
الكفالة بالنفس والمال جميعا وجه رواية النفاذ لانه التزام فيستبد به الملتزم ولا يتعدى له ضرر الى المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا لانه مختار في المطالبة
للملزوم فان راى مطالبته طالبه والا لا والتوفيق احال المص وجه التوقف على ما ذكره في الفضولي في النكاح وهو ان شطر العقد عند ابي يوسف يتوقف حتى اذا
فضولي لامراة على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بان خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطب فضولي آخر فلا يتوقف عندهما الا
العقد التام ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود من الموجب وحده شطر العقد فلا يتوقف على وراء المجلس وهذا يقتضي
انه لو تم عقد القبول فضولي آخر توقف وقد صرح بذلك عنهما قالوا اذا قبل عنه قال بل توقف بالاجماع وح فقوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول
له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فينفذ او يقبل عنه فضولي اذا كان غائبا فيتوقف الى اجازته او رده وقوله الا في مسئلة واحدة
استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان في هذه المسئلة صحت من غير قبوله في المجلس ولا قبول فضولي عنه وهو ان يقول المريض المديون
لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل عنه به مع غيبة الغرماء فانه يصح استحسانا فللغرماء مطالبته وذكر الاستحسان وجهين احدهما ان قوله تكفل عني وصية اي فيه
معنى الوصية اذ لو كان حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط بان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان بمعنى
الوصية فكانه انما قال لهم اقضوا ديني فقالوا نعم او قالوا تكفلنا بها فلذا قال المشائخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا يؤخذ الورثة بديونه ولو كان
حقيقة الكفالة لاخذوا بها حيث تكفلوا ثانيهما ما ذكر في المبسوط والايضاح ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في
ماله كيف شاء واختار فنزل نائبا عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما حضر بنفسه فان قيل غاية
الامر ان يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبول فان الصادر منه قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال كفلت لا يتم الا ان يقول بعد ذلك
قبلت او نحوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت فاجاب المص بقوله وانما لا يشترط القبول بعد قول الوارث تكفلت لانه اي
لان قوله تكفل لا يراد به المساومة وانما يتجه في البيع لذلك لانه يراد به المساومة وهنا لا يراد به الا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في
الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة تخليص نفسه لا على المساومة بها فصار الامر هنا كالامر بالنكاح فيما لو قال زوجني بنتك فقال زوجتكها انعقد وان لم يقل
قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة وقال المريض ذلك لاجنبي فضمن اختلف المشائخ فمنهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه
بل التزام فكان المريض في حق الاجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي او لوارثه لا يصح الا ان يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة
الطالب لحاجته لتفريغ الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو اوجه ما في المبسوط من قوله وهذا هو المريض صحيح وان لم يسم الدين ولا صاحب الدين فانه انما

يصح بطريق الوصية لورثته بان يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية بنى على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين
لا يضر في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما لهذا الاعتبار قال واذا مات الرجل وعليه ديون
ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رح وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب
ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او مال وله انه كفل بدين ساقط
لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة
الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قوله واذا مات الرجل وعليه ديون
ولم يترك شيئا بل مات مفلسا فتكفل رجل للغرماء بما عليه لم يصح عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والائمة الثلاثة واكثر اهل العلم يصح لانه كفل بدين ثابت لعموم
قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة انصاري فقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان او ديناران فقال عليه السلام
صلوا على صاحبكم فقام ابو قتادة فقال هما علي فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت
لانه اي الدين وجب في حياته بحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الاداء والابراء او انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على
بقائه كونه يطالب به في الآخرة وانه لو تبرع به انسان جاز اخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له اخذه وانه لو كان به كفيل قبل موته لبقيت الكفالة ولو
بطل الدين لبطلت الكفالة بسقوطه عن الكفيل الاصيل ولابي حنيفة رح انه كفل بدين ساقط في حكم الدنيا لاسقاط والكفالة من احكام الدنيا لانها توثق ليأخذه
فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين لذلك ولان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب والموصوف بالاحكام الافعال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه
هو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في احكام الدنيا ضرورة وتبرع لا يعتمد قيام الدين ولو كان لتقييد الاضافة اي التبرع بالدين وهو الحق وانما يعتمد قيامه
بالنسبة الى من عليه دون من له او الكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته
فصحت بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق فلم يسقط الدين فصحت الكفالة عن الميت المليء واما حديث
ابي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما علي كلا من انشائهما والاخبار بهما على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع فيحتمل
الوعد بها وانكان مرجوعا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه ليظهر طريق الكفالة لا بقية طريق ايفائهما فلما ظهر وعده بهما او بالاقرار بالكفالة بهما حصل المقصود
فصلى عليه ونوقض اثبات سقوط الدين بمسائل احدها لو مات المشتري مفلسا قبل اداء الثمن لا يبطل البيع قبل هلاك الثمن ولو سقط الثمن لبطل ولو اشترى
بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم ان سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا تبطل الدين ثانيها انه لو كان بالدين كفيل
يبقى على حاله اذا مات مفلسا ولو سقط في احكام الدنيا لم تبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء
الدين ولان تعذر المطالبة بمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحيوة كالعبد المحجور واذا اقر بدين فكفل عنه كفيل صح وانكان لا يطالب به في حال رقه فكذا
في حال الموت اجيب عن الاول بان الدين يبطل بموته في حق المسح حتى جاز ان ياخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد
سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بان كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين
باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث فلان ذمة الكفيل السابق كفالة خلف عن ذمته فلا يبطل ذمته بالموت ومثله الرهن واما العبد
فله ذمة صالحة فتصلح الكفالة وتتاخر المطالبة بحق المولى كما ان الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به قال ومن كفل عن رجل بالف
عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا
يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة
لانه تمحض امانة في يده وان اربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه



وثبت له حق الاسترداد ولانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء
فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث بينه فلا يعمل مع الملك
فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع قوله ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه اي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل الالف التي كفل بها قبل ان
يعطيه اي قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال وذكر ضمير يعطيه على تاويل المال او المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول
اول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه فليس له اي ليس للرجل المكفول عنه ان يرجع فيها وهو وجه للشافعي وفي وجه آخر له ان يرجع وهو قول مالك
واحمد بناء الى انه امانة عنده ما لم يقض الاصيل ونحن نبين انه يملكه وان الامانة اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى المطلوب ولو لم يملكه فقد تعلق به
حقه وهذا هو الوجه الاول من الوجهين الذين ذكرهما المص لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال الحاقا
بالزكوة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال ان يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال والوجه الثاني انه اي القابض
ملكه بالقبض على ما نذكر يريد ما ذكره بعد شطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى
المطلوب بنفسه الدين ولم يقبض الكفيل وثبت المطلوب الاسترداد بما وقع الكفيل وانما حكمنا بثبوت ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه لانه اي الكفيل وجب
له بمجرد الكفالة على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة الا اي لكن اخرت مطالبة الكفيل الى ادائه فنزل ما للكفيل على الاصيل بمنزلة
الدين المؤجل ولو عجل المديون الدين المؤجل يملكه الدائن بقبضه وكذا هذا ولهذا اي والدليل ان الكفيل حق المطالبة متاخرا انه لو ابرأ الكفيل الاصيل قبل
اداء الكفيل يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا ادى وجاز اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل ادائه فكذا اذا قبضه يملكه يعني اذا كان بحيث
يصح الابراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له الا اي لكن استثناء منقطع فيه نوع خبث على قول ابي حنيفة بينه عن قريب فلا يعمل مع الملك
فيما لا يتعين وهو الالف التي قضاه اياها لان الدراهم لا تتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل في احكامه ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها
الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا
عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه انه يتصدق به لهما
انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه
رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية
ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقي
بحاله والربح له اي للكفيل لما بينا انه ملكه اي ملك الكر وانما بينه في ضمن بيان انه ملك المقبوض قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه
وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير ولا شك ان ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره لتمهيد نصب الخلاف فيذكر قولهما
حيث لم يصرح بفاعل قال وقالا هو له لا يرده عليه وهو رواية اخرى عن ابي حنيفة وهو رواية كتاب البيوع من الاصل وعنه اي عن ابي حنيفة رواية ثالثة
انه يتصدق به وهي رواية كتاب الكفالة منه لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه في ثبوت ملكه من انه وجب له على الاصيل الخ فيسلم له ولابي حنيفة انه تمكن الخبث
مع الملك اما لقصور ملكه بسبب ان الاصيل بسبيل من استرداده بان تقضي هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض او لانه انما رضي به اي بملك
الكفالة فيه على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به والوجه ان يعطف بالواو فانهما وجهان لا ان الوجه احدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور
الملك بسبب ثبوت تلك الحيثية وعدم رضى الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الا على ذلك التقدير وهو منتف وهو الخبث يعمل فيما يتعين وهو الكر لا
فيما لا يتعين كالالف مثلا فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية اخرى وهي الاصح لان الخبث لحق الاصيل لا لحق الشرع فيرده اليه
ليصل الى حقه ولان الحق له وهذا يفيد انه يطيب له فقيرا كان او غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له وانكان غنيا لما ذكرنا من ان الحق له الا انه استحباب

لاجبر ان الملك للكفيل واعلم انه تحرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال اولا احب الى ان يرده ولا يجب في الحكم اى في القضاء وثانيا لانه استحباب لاجبر يعنى لا يجبره الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب لا يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبر القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز ان يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو تستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة من فخر الاسلام في وجه قول ابي حنيفة رح وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان ان ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهي كما لو ادى الكفيل بنفسه فلو كان المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بان اشترى كيلا او موزونا ملكا فاسدا او ربح يجب التصدق بالربح او الرد على المالك لان الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب اذا آجر المغصوب ثم رده فان الآجر له تصدق به او يرده على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فاذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق او الرد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى او التصدق به غير انه يرجح الرد هذا كله اذا اعطاه على وجه القضاء اى اعطاه المكفول عنه الكفيل على وجه تضاء دينه فلو اعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع ابي حنيفة في انه لا يطيب له الربح وطاب له عند ابي يوسف لما عرف في من غصب من الساق وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لانه استفاده من اصل خبيث وقال ابو يوسف لا يتصدق مستدلا بحديث الخراج بالضمان قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشترى وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لانه العاقد قوله ومن كفل عن رجل بالف عن امره فامر اى الكفيل الاصيل ان يتعين عليه حريرا اى ان يشترى له حريرا بطريق العينة وهو ان يشترى له حريرا بثمن هو اكثر من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشترى المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطوا الثاني تحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما تفسيره بان يستقرض فيابى المقرض الا ان يبيعه عينا تساوى عشرة مثلا من السوق باثنى عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله يتعين على حريرا اذهب فاستقرض فان لم يقرض المسئول ان يقرضك فاشتر منه الحرير باكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها ضمان التى لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على كانه امره بالشراء لنفسه فما خسر فعلى فضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على احد لو قال لبائع في السوق على ان كل خسران يلحقك فعلى او قال للمشترى ان ابق عبدك هذا فعلى لم يصح وقيل هو توكيل فاسد او معنى على متصرف على الثمن فانه اذا قال الثمن على يكون المبيع له فاغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشترى حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا ان الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الايفاء لكان الحاصل اشتر لي حريرا يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذي يقع به الايفاء غير معلوم وكيف ما كان توكيلا فاسدا او ضمانا باطلا لا يكون الشراء للمشترى وهو الكفيل والربح اى الزيادة التي يخسرها عليه لانه العاقد ومن صور العينة ان يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيع ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض التي دفعها منه فلم تخرج منه الا العشرة وثبت له خمسة عشر ونهان



يبيع متاعه بالفين من المستقرض الى اجل ثم يبعث متوسطا يشتريه لنفسه بالف حالة فيقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بالف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الاول بالثمن الذي عليه وهو الف حالة فيدفعها الى المستقرض ويأخذ منه الفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع اذناب البقر الحرث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن وقال ابو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغذة بالف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع في قلبي كامثال الجبال ذميم اخترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم اى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياكم والعينة ثم ذموا البياعات الكائنات الان اشد من بيع العينة حتى قال مشائخ بلخ منهم محمد بن سلمة بعلج ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم فهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط بعد مقدار تعين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك ان البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي في قلبي ان ما يخرجه الدافع ان فعلت صورة يعود اليه فيها هو او بعضه كعود الثوب او الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر والا فلا كراهة الا خلاف الاولى على بعض الاحتمالات كان يحتاج المديون فيابى المسئول ان يقرض بل ان يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر الى اجل فيشتريه المديون فيبيعه في السوق بعشرة حالة ولا باس في هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبته عنه الى زيادة الدنيا فمكروه او لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المراد وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل بان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضي به وهذا ماضي اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام رجل بينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لا يقبل القاضي هذه البينة ولا يقضي بها لانه قضى على غائب ولم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال يقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على اجنبي اذ لا ينتصب خصما وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى وهي لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضي كذا واقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال ويصير وارثه خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بامره او بغير امره الا انه اذا كان بغير امره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن ثمن ما باعه او داينه او اقرضه فغاب المطلوب فرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد داينه او اقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضي على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضي له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة

بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذباً شرعاً فبطل ما في زعمه

قوله ومن اقام البينة صورتها في الجامع وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله اذا كفل عن رجل بمال موجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بامر فلان عن فلان فاني اقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير امر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصما عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن ابي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلافا وانما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول به ههنا مال مطلق ودعوى المدعي مطابقة ايضا فصحت فقبلت البينة لانها بنيت على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد بكونه وجب بعد الكفالة وان كان مقيد الخصوص كميته ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البينة وانما اختلف القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى به عليه وعلى الكفيل وحده اذا لم يكن امر فلا يرجع لانهما اي الكفالة بالامر وبغير الامر يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعوى احدهما وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء لا يقضى له بالآخر وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه واذا قضى بها اي بالبينة بالامر ثبت امره اي امر المكفول عنه وامره يتضمن اقرار الاصيل بالمال اذ لا يامر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه المقضي له دينا فيصير مقضيا عليه به بخلاف الكفالة بغير امره فانها لا تمس جانبه اي جانب الاصيل لان صحة الكفالة بلا امر المكفول له انما يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل اذ زعمه لا يلزم غيره ثم في الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر حيث ثبت الامر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره وهو الاصيل ونحن نقول قد صار الكفيل في انكار الدين على الاصيل مكذبا شرعا بقيام البينة بخلافه فيبطل زعمه فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك لبائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا وباعه فرد عليه بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة اجيب بانه انما لا يرده لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والمآل والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على اربعة اوجه فقال اما ان يكون الكفالة مطلقة نحو ان يقول كفلت بما لك على فلان او مقيدة نحو ان يقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما ان تكون الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره او بغير امره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حقه على الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل اذ ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا فالمذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته حقا على الغائب قال مشائخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل ... سائل القضاء على الغائب وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا وان كانت مقيدة فان كانت بامر المكفول عنه كان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وان كان بغير امره لا يكون القضاء على الكفيل قضاء الاصيل ثم في فصل المطلقة والمقيدة للكفيل الرجوع على الاصيل ان كانت بامره وليس له الرجوع ان كانت بغير امره وما لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه بينة انه كان عبد الفلان وانه اعتقه قضى بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد ماذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين انا ضامن لدينك انا اعتقته فاعتقه ثم اقام صاحب الدين بينة ان مولاه اعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء الغائب لا يجوز وهذا كله استحسان استحسنه علمائنا صيانة للحقوق

قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه



دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

قوله ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم اي تصديق من الكفيل ان المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وايضا فالكفالة وان كانت مشروطة في البيع بان باع بشرط ان يكفل له فتمام البيع بقبوله اي بقبول الكفيل ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به ولهذا ابطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا وان لم يكن اي عقد الكفالة مشروطا فيه فالمراد به احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكينا لقلبه فنزل عقد الكفالة منزلة الاقرار بملك البائع والا كان تغريرا فلا يصح دعواه اياه اصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان اسمه مكتوبا على الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل ان باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه او بيعا باتا نافذا ثم كتب شهد بذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان بن فلان من فلان جميع الدار او اقر بالبيع بحضرتي والشراء ثم كتب شهدت بذلك او كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فلعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله وختم هو امر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يطرقه التبديل وليس هذا في زماننا

## فصل في الضمان

الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان اوردها مترجمة به كذلك قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل

قوله ومن باع لرجل ثوبا اللام في لرجل لام الملك اي باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه وضمن الوكيل له اي للرجل المالك الثمن او مضارب ضمن ثمن المتاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة وهي الضمان التزام المطالبة والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه فيصير مطالبا مطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين بر ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير محض لا يرجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك اي لا يصح الضمان ايضا فيما اذا باع رجلان عبدا مثلا بينهما صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف الثمن مطلقا يصير ضامنا لنفسه لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء او يبقى الجزء الذي لا يتجزى فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا في غير جانبه والدين وصف اعتبار يرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز كما انه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه

الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان اورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قدرناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع او بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا ان يفرق بين شرائه بحصته وبين ضمانها ويخص البطلان بما اذا اريد ضمان النصف شائعا ويحكم بانه المراد وقوله بخلاف ما اذا باعا صفقتين يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين باع هذا نصيبه على حدة وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن احدهما للآخر نصيبه او باعا معا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن صح الضمان لانه لا شركة بينهما بحكم الشرع بذلك وكذلك لو قبل المشتري نصيب احدهما فيما اذا باعا معا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة احدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا اعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند ابي حنيفة والا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام قاضي خان ولو تبرع يعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مقتضاه في المشاركة فيصح

وجواز هذا التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اسرع جوازا من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رح وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي اما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه

قوله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل هو تمليك طائفة من ماله مقدر لا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال اتلفه او قرض اقترضه او مبيع عقد بيعه او منفعة عقد عليها او من بضع امرأته وهو المهر او استئجار عين والزكوة ليس كذلك بل ايجاب اخراج ماله ابتداء لا بدلا عن مال فليس بدين حقيقة ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما لها شبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك للعامة واجرة الحارس للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير والموظف لتجهيز الجيش في حق فداء الاسارى اذا لم يكن في بيت المال شيء وغيرهما مما هو بحق فالكفالة به جائزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة اولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال او لزمه ولا شيء فيه وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم او شهر او ثلاثة اشهر فانها ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن ان يقول بصحتها ويمكن منعها بناء على انها في المطالبة بالدين او مطلقا وممن يميل الى الصحة الامام البزدوي يريد فخر الاسلام اما اخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها واما القسمة فقيل هي النوائب بعينها او حصة منها اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلا بأو لان القسمة في القرآن بمعنى القسم قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اذ لو كان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا والحكم يعني في القسمين ما بيناه من الصحة في احدهما والخلاف في الاخرى ثم من اصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوي اهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الحاجة والجهاد واما في زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير ليستعين به الفقير على الظلم وينال المعطي الثواب وقوله الحكم ما بينا يعني ما ذكره في ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له



هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه

قوله ومن قال لآخر المراد الفرق بين المسئلتين احدهما من اقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وانكر الاجل القول للمقر له ولو اقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وانكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث الحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر ولابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث الحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في اكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف قلبه سهو من الكاتب وجه قول الشافعي ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع لا اعتراف بحنطة ردية او جيدة ولا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه ابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول و مسئلة الاجل كالخيار فيما لو اقر بالكفالة على انه بالخيار وانكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب ان المقر بالدين اقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض واتلاف او بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا بالبدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا للعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والآخر ينكره وفي الكفالة ما اقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال او في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما اقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على انه بالخيار فانها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا المخلص ممن ادعى مالا فهو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان انكر يكون كاذبا او خاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة ان يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل ام معجل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال معجل فينكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل اذا حلفه ماله اليوم قبله شيء ارجو ان لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به اتواء حقه

قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف رح انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل

قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعني لم يطالبه حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق او القضاء به والمبيع لا ينتقض البيع اي ينفسخ على ظاهر الرواية واحترز بظاهر الرواية عن رواية الامالي عن ابي يوسف انه يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه ظاهر الرواية ما ذكر من ان مجرد الاستحقاق لا يفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضي بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك راسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحلية الملك باقية واحتمال اجازة المستحق البيع القائم ثابت فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضي على البائع برد الثمن لارتفاعه وصحح في فصول الاستروشني انه للمستحق ان يجيز بعد قضاء القاضي وقبل قبضه قبل ان يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا والاستحقاق المبطل كدعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة او انها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقل في ان كلا منهما يجعل المستحق عليه من يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى

انه لو اقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق تقبل بينته ويختلفان في ان كل واحد من الباعة في التناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه في المطلق ثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل ان لم يقض على المكفول عنه واسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله وهو مذكور في الاستحقاق اوائل الزيادات في ترتيب الاصل يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب الماذون واخره بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب ابي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان اصول ابوابه من امالي ابي يوسف وكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام ابي يوسف اصلا ثم تزيد عليه تفريعا تتمة ماله

قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فيصح

قوله ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة لان هذه اللفظة مشتبهة المراد فانها تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجواري ويقال للنفس العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد ولها على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان بخلاف ضمان الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا فلا تعذر وذكر بعض المشائخ ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم قيمته ان لم يقدر عليه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما تصحيحا للكلام فحصلت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وان لم يذكر رد الثمن يفسد لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا اما اذا قال خلاص المبيع او رد الثمن

**باب كفالة الرجلين** لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكر عقيبه واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارض فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور

قوله واذا كان الدين على اثنين بان اشتريا عبدا بالف او اقترضا معا وكفل كل منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد لوجهين احدهما ان كلا منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة لقوة الاول وضعف الثاني لان الاول دين عليه والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدي الى الاقوى تقديما على الاضعف على ما هو مقتضى العادة لا يقال هذا يقتضي ان على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدي منهما كما هو قول طائفة من مشائخنا ونقله ابن قدامة عن الائمة الثلاثة ولهذا كان له ان يصرفه بنيته او بلفظه الى احدهما لانا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس هو كالكائن عليه بطريق الاصالة الا يرى ان المريض اذا اشترى في مرض موته شيئا كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث والحكم لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز واما كونه يصرف بنيته فقلنا التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين القرض مثلا ونصفه مبيع وعين صح وفي الجنسين تعتبر تعيينه لانه مفيد فيهما ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه بالكفالة كان له ان يرجع عليه به فلصاحبه ان يرجع بعين ما رجع به المؤدي لان اداء نائبه يعني كفيله بامره كادائه بنفسه ولو ادى بنفسه يرجع فكذا نائبه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك يرجع بجميع ما رجع به صاحبه والا لم يكن له ان يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه اذا ادى الاول مائتين يرجع بنصفهما لانه في اداء مائة اصيل



رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه ان يرجع بكليتها الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدي حقيقة والا لم يرجع الا بنصفها لانه لو اداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه اصالة وخمسون الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عن الكفالة فيؤدي الى الدور وما يؤدي اليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت انه امتنع الدور واعلم ان ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدي ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر ان يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل ان شاء اعطاه ما اخذ منه فاذا رجع الآخر استعاده او اعطاه غيره وكذا الاول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدي اليه عنه والحق ان هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدي عنه لا يمكن ان يسوغ شرعا باعتبار المؤدي عنه انه ادى بنفسه واحتسبه عن المؤدي لانه اعتبار باطل يؤدي الى ان المؤدي عنه يرجع على المؤدي عنه بمثل ما ادى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به من الشرع ان المؤدي هو الذي يرجع على المؤدي عنه بمثل ما ادى وكيف يكون اداء الانسان عن غيره سببا لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذه المجازفة عظيمة

واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

قوله واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة من غير نظر الى اتحاد الدين او لا فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بالمكفول به كما يصح من الاصيل بالتزام المطالبة بما عليه وكما تصح الحوالة من المحال عليه بالمحال بما احيل عليه على آخر فاذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة بخلاف ما تقدم واذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر فيرجع على شريكه بنصف جميع ما ادى ولا يؤدي الى الدور لان قضية هذا الاستواء الاستواء في العلة وهي الكفالة وقد حصل برجوع احدهما وهو المؤدي بنصف ما ادى فلا ينقضه برجوع غير المؤدي بلا موجب بخلاف ما تقدم لا استواء فيه في العلة فان احدهما علته اقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبهما فلذا لا يرجع الا بما زاد على النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يقع الفرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدي عنه اعتبار نفسه ادى ما ادى عنه المؤدي واحتسابه به عن المؤدي وهذا امكن هنا بعينه بان يقول هذا الذي ترجع به علي بسبب انك اديته عني هو كادائي بنفسي فكأني انا الذي اديته واهبته عنك فانا ارجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول

ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به

قوله ثم يرجعان اي الكفيلين المتكافلين على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع الكفيل المؤدي بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ثم اداه ولو ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله

قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين

قوله واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة من ان شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر الا ما استثني ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر

من الوجهين في كفالة الرجلين المديونين بدين واحد والله الموفق قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب
الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف
ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما
جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى
النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر
مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع
على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم قوله واذا كوتب العبدان كتابة واحدة
بان قال مثلا كاتبتكما على الف الى عام وكل واحد منكما كفيل عن صاحبه وكل شيء اداه احدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد وهو عقد الكفالة جائز استحسانا
فالقياس انه لا يجوز لانه فيه ثلاثة كما لو كانت الكفالة كتابة واحدة فقط فلانه كفالة ببدل الكتابة وهي باطل والثاني شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة
وجه الاستحسان انه يمكن ان يعتبر له وجه يصح به فيجعل عليه وهو ان يجعل المال على احدهما وعتق الآخر معلقا بادائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجمع كل منهما في حق المولى
كان المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بادائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما منقسم عليهما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما
لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما
ولو لم يؤديا شيئا حتى ان المولى اعتق احدهما جاز بمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم تبق وسيلة لحصول عتقه
بطريق آخر فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان والحامل عليه تشويق الشارع الى العتق
فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فوجب ان يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة واورد عليه انه
يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز اجيب بان هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما في ثبوت شهود النكاح فان اخذ الذي عتق رجع على صاحبه
بما ادى وان اخذ به الآخر لم يرجع على الذي عتق بشيء لانه ربما ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه آخره لتعلق به لتاخره بالرق ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر فصار
كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع
عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قوله ومن ضمن عن عبد مالا موصوفا بكونه لا يجب على العبد حتى يعتق كان اقر باستهلاك مال وكذبه المولى
او اقرضه انسان او باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا اودع شيئا فاستهلكه او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه
للمال معاينا معلوما فانه ياخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير ان يشترط في الكفالة تاجيلا وهذا هو المراد
بقوله لم يذكر حالا ولا غيره لزم الكفيل حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح اجلا لجهالة وقت
وقوعه وقد لا يقع اصلا وانما لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به اي بتعلق الدين بملكه والكفيل غير معسر فالمانع الذي تحقق
في الاصل منتف عن الكفيل مع وجود المقتضي وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال فصار كما لو كفل عن مفلس او غائب يلزمه في
الحال مع ان الاصيل لا يلزمه وهذا احسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تاخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضى المولى فانه لو تم لزم تاخير دين
الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضى المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بالعزة اعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض



بايداع المودع عند عبده ولا تمكين المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعاين فانه ليس فيه احدهما فينفذ في حقه وفعل
للضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والا تباع رقبته فيه الا ان يفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك
بالمال الذي لا يجب حتى يعتق بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بمؤخر صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي ان يرجع قبل العتق اذا ادى لانه دين غير مؤخر الى
العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او القضاء عنه وبحث اهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد او السيد وقوي عندي كون المعتبر امر السيد
لان الرجوع في الحقيقة عليه ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا
قال فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها
قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت يبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل
بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا وعبدا وانما ذكرها في العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهي
قوله فلو كان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبته للعبد على وجه يخلفها قيمتها وقد
التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل وهو كالوكيل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله انه كفل بمال هو
رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرأ
الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى
كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه قال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته
بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق
قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل
عن غيره بغير امره فاجازه قوله واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه وكان المولى كفل عن عبده وادى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر بشيء ونقل
عن زفر في شرح الجامع انه يرجع قال المصنف ومعنى الوجه الاول يعني ضمان العبد عن سيده ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده وهذا لان الاصل ان كفالة
العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير الماذون غير ان امر السيد له بها فك الحجر فيه فيصلح حتى
تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل بغير اذن السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل امره اياه بالكفالة بخلاف ما
اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليته فيعمل اذنه له في ان يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة ان يكون عليه دين وليست صحيحة لما بيناه
اما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين او لا فان قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضى في ماليته وهي ملك المولى
فاي فائدة في هذه الكفالة اجيب بان الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين او لانه يقضي من جميع امواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا
ان يسلمه ليباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون لزفر انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو
كونه عنده ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر فقد زال بالعتق فان الا دار منها بعده فيجب الرجوع ولنا انها وقعت من كل منهما غير موجبة
للرجوع بما قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا ينقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فادى الكفيل لا يرجع لان معنى الامر
وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل انما يقع لازما لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة
للرجوع لما قلنا من ان كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر دينا الا ان يكون العبد مديونا فحينئذ يثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة
فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة [illegible]
معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا الحر [illegible]

ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمة الله عليه لانه كالمكاتب عنده قوله ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب لانه اي عقد الكتابة ثبت مع المنافي وهو عبدية للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده فانما ثبت على خلاف القياس للنص لتحقيق العتق للتشويق الشارع اليه فيقتصر عليه فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط هذا الدين ولا يمكن اثباته اى اثبات هذا الدين على هذا الوجه على الكفيل وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه واثباته مطلقا في ذمة الكفيل عن هذا الوصف ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولو اثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى تمكنه من اسقاطه على الاصيل لم تتحد الدين عليهما وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده للعلة الاولى لان له احكام المكاتب عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج اكثر من ثنتين ويتنصف حده وقسمها دون العلة الثانية اذ لا يقدر على ان يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما واما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة واما العبد التاجر اذا دان مولاه دينا وانكان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا يصح وان كان صحت

# كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثيق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما نستعلم بخلاف الكفالة فانها لا تتضمنها فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها وايضا اثر الكفالة اقرب الى الاصيل وهو عدم السقوط بعد الثبوت واثر الحوالة البعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال احلت زيدا بماله على عمرو فاحتال اى قبل فانا محيل وزيد محال ومحتال ويقال المحتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل في محتال الواقع اسم فاعل محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول واما صحة صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال حويل ايضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشائخ في ان الدين ايضا ينتقل اولا وسنذكره من قريب فلو اريد التعريف على قول النافين بخصوصهم قيل نقل الدين او قول النافين قيل نقل المطالبة فقط قال وهي جائزة بالديون

قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين قوله وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابو هريرة مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع متفق عليه واما لفظ احيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن ابي هريرة في الاوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن احيل على ملي فليتبع ورواه احمد وابن ابي شيبة ومن احيل على ملي فليحتل قيل وقد يروى فاذا احيل بالفاء فيفيد ان الامر بالاتباع للملازمة على معنى انه اذا كان مطل الغني ظلما فاذا احيل على ملي فليتبع لانه ملي لا يقع في الظلم والله اعلم ثم اكثر اهل العلم على ان الامر المذكور امر استحباب وعن احمد الوجوب والحق الظاهر انه امر اباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا او المطالبة فان بعض الاملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضارة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم واما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في ان اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب انضم



معه القيد الا فهو دليل الجواز للاجماع على جوازها دفعا للحاجة وانما اختصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين قال وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قوله وتصح برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو اى الدين هو الذي ينتقل بها اى بالحوالة والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل فلا بد من رضاه والا لزمه الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه واما المحتال عليه فلانه الذي يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر واما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو اى المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال واجلا بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع الا بامره وحيث ثبت الحوالة بغير رضاه كان لغير امره واول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة ح من المحتال عليه يكون اسقاط المطالبة المحيل عن نفسه اعني نفس المحتال عليه ولا تصح الا برضاه وكذا في الجنازية واشتراط رضى المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا لان للمحيل ايفاء ما عليه من اي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض جهات ونقل ابن قدامة ان رضى المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورتها ان يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان الف فاحتل بها على فرضي الطالب واجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له ان يرجع بعد ذلك وتغير الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول ابي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب فيتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو احال على غائب فبلغه فاجاز صحت قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمة الله عليه لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملا والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمة الله عليه لا يرجع وان توى لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمة الله عليه احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان المال غاد ورائح قوله واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشائخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة اخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة ايضا فالنظر في خلاف المشائخ اولا حتى يثبت المذهب ثم ننظر في خلاف زفر ره للقائلين ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك فمنها ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو انتقل اصل الدين بالحوالة كان متبرعا بالمال للمحتال فلا يجبر على قبوله كغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبي بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل ان لم يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين تحول الى ذمته كان الابراء والهبة في حقه سواء فلا يرجع والقائلون المذهب ينتقل الدين فاستدلوا بان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابرأه من الدين بعد الحوالة

لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا احال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن والثانية اذا ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند ابي يوسف لانه بري بالحوالة وعند محمد يصح فبرئ المحيل لان اصل الدين باق في ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد انكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر احكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تاجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة مبنية عن النقل وقد اضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تاجيل معنى الا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها نعم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان وسبب المصير عن بعضها الى خلافية زفر رحمه الله هذه اذا عرف المذهب ح جئنا الى خلاف زفر رحمه الله للاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل اشتراك ولان عدم الانتقال ادخل في معنى التوثق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس فوجب نقل الدين والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة لان الاحكام يعني العقود الشرعية المسماة باسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها باسمائها قوله عقد توثق والتوثق ان يطالب كل منهما قلنا بل التوثق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الاملى والايسر في القضاء فيكفي به في تحقيق معنى التوثق في مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال يبقى الدين والمطالبة على الاصيل اما الطائفة من المشائخ القائلون ان بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تبنى على النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر في تحقيق التوثق تحصيل باختيار الاملى الى آخره غير متوقف على كل ما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الى آخره جواب نقض من قبل زفر وهو ما سبق من ادلة القائلين من المشائخ بعدم نقل الدين وهو ان المحيل اذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه اجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه ح متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله اجاب بانه لا يلزم على تقدير النقل ان يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا نحو فاقد يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه مطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر رحمه الله ودليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل اصلا بما اذا وقعت بغير اذن المحيل واجيب بان معنى النقل تحقق فيه بعد اداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شئ الا ان قد يقال لو صح هذا لصح ان يقال الكفالة بغير امر المكفول عنه فيها نقل الدين ايضا بهذا الوجه لانه اذا ادى الكفيل عنه لم يبق عليه شئ والحق ان اصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل باداء المحتال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاؤه من الوجود بالكلية وليس هذا النقل بل نقله تحوله عن محل هو ذمة المحال عليه وعندي ان الجواب ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل فهو الاحالة او الحاصل من فعله فهو نفس الانتقال الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها ولهذا اجاز المالكية هذا المعنى واخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون شطر الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا اتعقب تمام حكمها وهذا ما وعدناه قوله ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توي بموت او افلاس او غيره وهو قول احمد والليث وابي عبيد ومن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا ان يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله ان يرجع بسببه كالبيع ولان المحيل غيره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به وللشافعي لان البراءة الحاصلة بالانتقال حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي دين فاحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت علينا فقال ابعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة يعني بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال



وهو ان المقصود من شرط الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الذمم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تتفاوت في احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل الثاني على وجه الاحسن والا لم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط فاذا لم يحصل مشروطا عاد حقه على الاصيل وصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فان لم يسلم يعود ويؤيده ما روي عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل كما كان وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توي المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح مثل ذلك وهذان الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين او لم يثبتا فقد تكافأ هذا واختلف عباراتهم في كيفية العود فقيل تنفسخ الحوالة اي يفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا قيل ينفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفسخ ويعود الدين وفي الجحود يفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا انه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كل ما ظهر لاحدهما مال اخذه كما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ثم لا تدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه وقالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لادى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة براس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والا لجاز للمحتال ان يشتري شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز ان يشتري به من المحتال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض واما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز ان يفترقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا احال بهما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد واما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو ان المحتال آخر المحيل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على المحيل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحال تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال اخص به ما لم يثبت اليد بدليل ان العبد الماذون اذا كان له عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف انه يرجع بالتوى بين التوى بقوله والتوى عند ابي حنيفة باحد امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه للمحتال ولا للمحيل فقوله يعني كلا من المحيل والمحتال او يموت مفلسا لا مال له عينا ولا دينا ولا كفيل عنه بدين المحتال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو ان يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح عندهما وعنده لا يصح لانه لا يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود وتفليس القاضي على المحيل والتوى التلف يقال منه توي بوزن علم يتوى وفيه لو تو تاو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي الشافي والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه يتمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصح القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين

قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر ولا يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه

قوله واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل انما احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه دينه بامره والا ان المحيل يدعي دينا عليه وهو منكر والقول للمنكر ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد يكون بما عليه وهو المقيدة وان مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة اما المقيدة فلو كالة بالاداء من وجه القبض واذا طالب المحيل المحتال بما

احاله به وقال انى احلتك لتقبضه لى فقال محتال بل احلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى عليه اى عن المحيل دينا وهو ينكر فالقول له
لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعى فى وجه وفى وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر انما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر
وهو قول احمد وقول المصنف ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه جواب عنه وهو بناء على تساويهما فى الاستعمال ومع
كونها بالدين اظهر فالحوالة متوسطة فيها والافادة مجاز استعار فانخص قولهما فان الحقيقة عند ابى حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف
شمس الائمة حين استبعد التوسط وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال
عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع لى وكنت وكيلا فى بيعه عنى والمقبوض مالى ويقول المحيل كان المتاع لى وانما بعته لنفسى فالقول للمحيل
لان اصل المنازعة وقع بينهما فى ملك ذلك المتاع واليه كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهر تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب
المسئلة مطلق فى سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ احلتك بالف يراد به الف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان
لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لابد من القطع بها من جهة اللفظ او دلالة مثل له على او فى ذمتى لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه شغل
ذمته الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزنها فى جواب لى عليك الف للتيقن بعود الضمير فى اتزنها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله احلتك

قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء
الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة
فى هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل
وهذا لانه لو بقيت له مطالبته به فياخذه منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة
باخذ ما عليه او ما عنده قوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء لتيسير ما يقتضى به وحضوره بخلاف
الدين عليه فان هلكت برئ المحتال عليه وهو المودع لتقيدها بها اى تقييد الحوالة بالوديعة اى هلكت فانه اى الرجل ما التزم الاداء الا منها
بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مغصوب عرض او الف مثلا درهم فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال
عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة فاذا هلك فى يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا والفوات
الى خلف كلا فوات فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بان يحيله بدينه الذى له على فلان المحال
عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة اقسام مقيدة بعين امانة وبعين مضمونة وبدين خلص وحكم المقيدة فى هذه الجملة اعنى الاقسام الثلاثة ان لا يملك
المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذلك الدين لان الحوالة لما قيدت بها تعلق حق المطالب به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن واخذ
المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين او الدين الى المحيل ضمنه للطالب لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك
الرهن احد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر منه انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغى ان يختص المحتال
بذلك الدين المحال به او العين وليس كذلك بينه المصنف فقال وان كان اى المحتال اسوة الغرماء فيه بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقى للمحيل
حق المطالبة بما احال به من الامر المعين فياخذه منه بطلت الحوالة والواقع انها حق المحتال فليس له ان يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به
دينا او عينا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة او الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له
يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق وكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين او العين بين غرماء
المحيل واخذ المحتال حصته لا يكون له ان يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر بتقييد الحوالة بذلك القسم هذا ومن احكام المقيد الحوالة المقيدة
بالدين او العين انه لو ابرأ المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل ان يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه



او مات المحتال له ورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل ان يرجع على المحتال عليه والفرق ان الهبة من اسباب الملك وكذا الارث فملك المحتال عليه
ما فى ذمته بالهبة وكذا بالارث فهو كما لو ملكه بالاداء ولو ادى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه فى الاصل موضوع
للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما فى ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقى دين المحيل على المحتال عليه
بلا شاغل فيرجع به عليه وقوله بخلاف المطلقة يتصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل ان الحوالة قسمان
مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهو ان يقول المحيل للطالب احلتك بالالف التى لك لرجل على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذى لى عليه فاذا
احال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة او مغصوبة او دين كان له ان يطالب به لانه اى الشان لا تعلق لحق المحتال به اى بذلك الدين
او العين لوقوعها مطلقة عنه بل بذمة المحتال عليه وفى الذمة سعة فياخذ دينه او عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة وما عليه يرجع الى الدين و
الغصب ودعنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة ان يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شئ وتنقسم المطلقة الى حالة وموجلة فالحالة ان يحيل الطالب
بالف وهى على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التى هى على الاصيل وليس للمحتال عليه ان يرجع
على الاصيل قبل ان يؤدى ولكن له اذا لوزم ان يلازمه واذا حبس ان يحبسه والمطلقة الموجلة له على رجل الف الى سنة فاحال الطالب عليه الى
سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغى ان تثبت مؤجلة كما فى الكفالة لانه يتحول بما على الاصيل باى صفة كان فلو
مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل فى حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتاتى ذلك فى حق المحتال عليه لانه
حى محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل بلا وجه لان الاصيل برئ عن الدين فى احكام الدنيا والتحق بالاجانب
ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حى حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء يرجع الطالب على المحيل
الى اجله لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما فى ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو باع المديون
بدين موجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا قال ويكره السفاتج
وهى قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا
قوله ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشئ المحكم سمى هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع فى بلدة الى
مسافر قرضا ليدفعه الى صديقه او وكيله مثلا فى بلدة اخرى ليستفيد به من خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه
الحارث بن ابى اسامة فى مسنده عن حفص بن حمزة انبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمدانى قال سمعت عليا رضى يقول قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو ضعيف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه ابو الجهيم فى جزئه
المعروف عن سوار ايضا واخرج ابن عدى فى الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجة حرام واعله بعمرو بن
موسى بن وجيه ضعفه البخارى والنسائى وابن معين وذكره ابن الجوزى فى الموضوعات واحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف
ما رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه ثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفى الفتاوى الصغرى وغيرها
ان كان السفتج مشروطا فى القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما فى الواقعات رجل اقرض
رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لى سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك
هنا فلا خير فيه وروى عن ابن عباس ذلك الا يرى انه لو قضاه احسن مما عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط
اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل كذلك فلا والذى يحكى عن ابى حنيفة انه لم يقع فى ظل جدار غريمه فلا اصل له لان
ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا استوفاه انما اورد القدورى هذه المسئلة هنا لانها معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة والله اعلم

# كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات تحتاج الى قطعها اعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضي يحتاج اليها فاذا ما هو ان ذكر ما ينبغي للقاضي ان يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة ادبا لانها تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وهو ان تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه ادب يادب ادبا بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعاه الى طعامه فهو ادب والمادبة المصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل ورثوا السودد عن ابائهم ساد وا سود وا عيرزم نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الادب فينا ينتقر ومنه ما ذكر ابو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القرآن مادبة الله فمن دخل فيه فهو امن وروي عنه ايضا مادبة الله فتعلموا من مادبته بفتح الدال ا مادبه وكان الاحمر يجعلها لغتين قال ابو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره واما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر يعني باكماله وفي الشرع يراد به الالزام يقال للحكم وهو منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في راس الفرس واما وصف القضاء بفرض كفاية فلو امتنع الكل اثموا والسلطان ان يكره من يعلم قدرته عليه لانه لا بد من ايصال الحقوق الى اربابها بالزام الممانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد امر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وان احكم بينهم بما انزل الله اليك وقبله صلى الله عليه داود بقوله فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال لهم بم تقضي فقال له بكتاب الله قال فان لم تجد قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد رائي فاقره وعليه اجماع المسلمين

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمة الله عليه الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشائخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذارا عن النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمة الله عليه وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه

قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد وهذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانه الذي عليه الفعل من غير طالب له منه كما هو الاولى اما الاول وهو انه لا بد ان يكون من اهل الشهادة فلان حكم القاضي يستقي من حكم الشهادة يعني كلا من القضاء والشهادة يعتمد من امر واحد وهو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير اعمى ولا محدود في قذف والكل فيه ان يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة

فرع قلد عبد فعتق جاز ان يقضي بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في اول كتاب القضاء وذكر بعد ورقة ولو قلد قضاء مصر لصبي فادرك ليس له ان يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى توليته ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسلام يرتفع اما الصبي فلا ولاية له اصلا وما في الفصول لو قال للصبي او كافر اذا ادركت فصل بالناس او اقض بينهم جاز ولا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط



ولو تقدم تخيير وا والم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطان فما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات ففي فتاوى النسفي صرح بعدم ولايته فان ينبغي ان يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا وتقلد القضاة منه غير انه يعد نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا انه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا اذا عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك لان السلطان لا ينعزل الا بعزله لنفسه وهذا غير واقع واما الذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المراة في كل شيء الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فاكثر الائمة على انه لا يصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرها متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الفاسق الجاهل صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي ان يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا تحل تولية من ليس كذلك ولو ولي صح على مثال شهادة الفاسق لا تحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى ان لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل ان لا تحل ان يقضي بها فان قضى جاز ونفذ لو كان عدلا قبل الولاية فيه ففسق وجاز باخذ الرشوة وغيرها من اسباب الفسق لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا البخاريون والسمرقنديون معنى يستحق العزل انه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا ولي عدلا ثم فسق انعزل لان عدالته في معنى المشروط في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فيزول بزوالها ولا شك انه لو لزم ذلك العزل فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيها واذا وصلت الى مكة فانت امير الموسم والاضافة بان يقول جعلتك قاضيا في راس الشهر ويستثنى منها كما يقول جعلتك قاضيا الا في قضية فلان او لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه يزول بزواله فلا ينعزل وبهذا التقرير اندفع المورد من ان البقاء اسهل من الابتداء وفي الابتداء تجوز ولاية الفاسق ففي البقاء لا ينعزل واتفقوا في الامرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث الناس الى موتة وامر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع اهل السير والمغازي ثم الرشوة اربعة اقسام منها ما هو حرام على الاخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق او بباطل اما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل اخذ المال عليه واما في الباطل فاظهر وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة اقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي رحمه الله وهو حسن لان حاصل امر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض ان الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل لنفسه او ولده يعني والقضاء عمل الله تعالى وارتشاء القاضي او ولده او من لا تقبل شهادته له او بعض اعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين ان يرتشي ثم يقضي او يقضي ثم يرتشي وفيه لو اخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا لنفسه حين اخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة واخذ مثل اجر الكتاب صح حكم المكتوب اليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في انه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث اخذ المال ليسوي امره عند السلطان دفعا للضرر او جلبا للنفع وهو حرام على الاخذ لا الدافع وحيلة حلها للاخذ ان يستاجره يوما الى الليل او يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من اقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء للتودد وحرام من الجانبين كالاهداء ليعينه على الظلم وحلال من جانب المهدي حرام على الاخذ وهو ان يهدي ليكف عنه الظلم والحيلة ان يستاجره الى آخره قال هذا اذا كان فيه شرط اما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم

يقينا انه انما يهدى ليعينه عند السلطان فمشائخنا على انه لا باس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا باس به وما نقل
عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه او ماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم
واجب ولا يجوز اخذ المال لفعل الواجب قوله هل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقد ظهرت خيانته للدين وقيل يستفتى لانه يجتهد كل الجهد
حذرا ان ينسبه فقهاء عصره الى الخطاء واما الثانى وهو اشتراط اهلية الاجتهاد فالصحيح انها ليست شرطا للولاية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح
عندنا ويحكم بفتوى غيره خلافا للشافعى ومالك واحمد رحمهم الله وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد فى الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا ولكن
المختار خلافه قالوا القضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه
ودفع الظلم يحصل به فاشتراطه ضائع فالمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع فى مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى
بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد رائى لا يلزم اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة فى زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا
عن الغزالى توجيه خلافه فيقلد فى هذا الزمان وفى بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبى صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن
مجتهدا فليس بشئ فانه عليه الصلوة والسلام دعا له بان يهدى الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق اهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد
حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت فى غيره وسنذكر سند حديث على رضى الله عنه واعلم انما ذكر فى القاضى ذكر فى المفتى
فلا يفتى الا المجتهد وقد استقر راى الاصوليين على ان المفتى هو المجتهد فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل
ان يذكر قول المجتهد كابى حنيفة رضى الله عنه على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون فى زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتى
ليأخذ به المستفتى وطريق نقله كذلك عن المجتهد احد امرين اما ان يكون له سند فيه اليه او يأخذ من كتاب معروف تداولته الايدى نحو كتب محمد بن الحسن
ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم او المشهور هكذا ذكر الرازى فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر فى زماننا
لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى ابى يوسف لانها لم تشتهر فى عصرنا فى ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا فى كتاب مشهور معروف
كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح
لا يقطع بقول منها يفتى به بل يحكيها للمستفتى فيختار المستفتى ما يقع فى قلبه انه الاصوب ذكره فى بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كلها بل
يكفيه ان يحكى قولا منها فان المقلد له ان يقلد اى مجتهد شاء فاذا ذكر احدها فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل
يقول قال ابو حنيفة رحمه الله حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع فى قلبه انه اصوب اولى والعامى لا عبرة بما يقع فى قلبه من صواب الحكم وخطائه
وعلى هذا اذا استفتى فقيهين اعنى مجتهدين فاختلفا عليه الاولى ان يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندى انه لو اخذ بقول الذى لا يميل اليه قلبه جاز لان
ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل اصاب ذلك المجتهد او اخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب باجتهاد وبرهان
آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان اولى ولا بد ان يراد بهذا الاجتهاد معنى التحرى وتحكيم القلب لان العامى ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال
انما تتحقق فى حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت ابا حنيفة فيما افتى به من المسائل مثلا والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف
صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد ووعد به كانه التزم ان يعمل بقول ابى حنيفة فيما يقع له من المسائل التى تتعين فى الوقائع
فان ارادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولا او نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما
احتاج اليه بقوله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وح اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب
عمله به والغالب ان مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا اخذ العامى فى كل مسئلة بقول مجتهد اخف عليه وانا لا ادرى ما يمنع هذا
من النقل والعقل فكون الانسان يتتبع ما هو اخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن امته



والله سبحانه اعلم بالصواب وينبغى للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو
اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قوله وينبغى للمقلد وهو من له ولاية التقليد ان يختار من هو اقدر واولى لديانته وعفته وقوته دون
غيره ويرزقه من بيت المال ولا باس للقاضى ان يأخذ وان كان غنيا شرعا وان احتسب فهو افضل والاصل فيه قوله تعالى فى مال اليتيم اذا
عمل الوصى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وذكر عن عمر رضى الله عنه انه كان يرزق سليمان ابن ربيعة الباهلى
عن القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضى الله عنه رزق شريحا كل شهر مائة درهم
ورزقه على خمسمائة وذلك لقلة عياله فى زمن عمر رضى الله عنه ورخص السعر وكثرة عياله فى زمن على رضى الله عنه وغلاء السعر فرزق القاضى لا يقدر بشئ
لانه ليس باجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم فى المستدرك عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفى تلك العصابة من هو ارضى لله تعالى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن
قيس بانه ضعيف وضعفه العقيلى وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رض واخرجه الطبرانى من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم من تولى من امر المسلمين شيئا فاستعمل رجلا وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد
خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى ابو يعلى الموصلى فى مسنده عن حذيفة رض عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استعمل رجلا على عشرة انفس علم
ان فى العشرة من هو افضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذى له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذى
ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها واطلق له التصرف فان له ان يولى ولهذا كذا قالوا ولا بد من ان لا يصرح له بالمنع او يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب
فى ديارنا يطلق لهم التصرف فى الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى فحكم المولى ثم جاء بكتاب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية
شرط فى السلطان وفى التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده على ناحية وامره بنصب القاضى جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه
وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار او صاحب
فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لان
من الاحكام ما يبتنى عليها قوله وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى اصول الفقه وحاصل ذلك الكلام ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه
ليعرف معانى الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه والفرق بين القولين ان على الاول نسبته
الى معرفة الحديث اكثر من معرفته بالفقه وفى الثانى عكسه ثم ان المترتب على الاول كونه يعرف معانى الآثار والمراد بمعانى الآثار المعانى
التى هى مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثانى سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهما
قولان ولا شك فى ذلك لانهما متضادان لان كونه ادرى بالحديث من الفقه يضاد كونه ادرى بالفقه من الحديث وانت تعلم ان المجتهد
يحتاج الى الامرين جميعا وهى تحرزه من القياس فى معارضة النص ومعرفة معانى الآثار ليتمكن من القياس فالوجه ان يقال صاحب
حديث وفقه ليعرف معانى الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل ان يعلم الكتاب والسنة باقسامهما من عبارتهما واشاراتهما
ودلالتهما واقتضائهما وباقى الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطات احكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع فى القياس فى مقابلة
الاجماع واقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقيس فى معارضة قول الصحابى ويعلم عرف الناس وهذا قوله وقيل ان يكون صاحب
قريحة الخ فهذا القيد لا بد منه فى المجتهد فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل للاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يبذل جهده فى طلب الظن بحكم شرعى
عن هذه الادلة ولا يقلد احدا قال ولا باس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدى فرضه لان الصحابة رض تقلدوه وكفى بهم
قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا

لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد

قوله ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوه ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا اسند علي رضي الله عنهما رواية ابي داود وعن علي رض قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا وما شككت في قضاء بعد ورواه احمد واسحق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الاسناد واخرج ابن ماجة رض وفيه ضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه ايضا الحاكم في المستدرك ايضا عن ابن عباس رض قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رض الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد عمر شريحا الامام واما انه فرض كفاية فقد قدمنا غير ان مقتضاه ان يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا باس اكثر استعمالها في المباح وتركه اولى وحاصل ما هنا انه ان لم يامن على نفسه الحيف اي الجور او عدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظوره ح وان امن ابيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان امن فالغالب هو خطا ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيو خرعن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ممن يمكن ان يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث من ولي القضاء فكانما ذبح بغير سكين اخرجه اصحاب السنن الاربعة من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي واخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضي فقد ذبح بغير سكين وحكي ان بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوي لحيته فبينما هو يحلق تحت لحيته في حلقومه اذ عطس القاضي فالقى الموسى راسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه ابو حنيفة رح وصبر رح على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف اعبره بالسباحة فقال ابو يوسف رح البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال ابو حنيفة رح كاني بك قاضيا وقوله ابي حنيفة رح كقول ابي قلابة ما وجدت القاضي الا كسابح في بحر لم يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضاء فهرب حتى اتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى اتى اليمامة فاجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن رح ايضا ثلاثين يوما او نيفا واربعين يوما ليتقلده وقد اخرج مسلم عن ابي ذر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا ابا ذر اني احب لك ما احب لنفسي لا تامرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم واخرج ابو داود عن ابي بريدة رض عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رض قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيمة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى انه لم يقض حكما بين اثنين في عمره واخرج الحاكم عن ابن عباس رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما احبوا او كرهوا جيء به يوم القيمة مغلولة يده الى عنقه فان حكم بما انزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غلته وان حكم بغير ما انزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدت يساره الى يمينه ثم رمي به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي واخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل ابو الدرداء على القضاء فاصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال اتهنوني بالقضاء وقد جعلت على راس مهواة مزلتها ابعد من عدن ابين واما في البخاري سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي مجيئه اولا مغلولة يده الى ان يفكها عدله فيظله في ظله فلا تعارض قال وينبغي ان لا يطلب

الولاية ولا يسالها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

قوله وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجة من حديث انس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه ينزل اليه



ملك يسدده ولفظ ابي داود من طلب القضاء فاستعان عليه واخرجه الترمذي ايضا عن انس مرفوعا من ابتغى القضاء وسال فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو اصح من حديث اسرائيل يريد سند الاول واصح من الكل حديث البخاري قال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان اوتيتها عن مسالة وكلت اليها وان اوتيتها من غير مسالة اعنت عليها واذا كان طلب الولاية ان يوكل الى نفسه وجب ان لا يحل له ح معلوم وقوع الفساد منه لانه مخذول

ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رض تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه

قوله ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رض والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في قضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولى القضاة قبل تسليم الحسن رض له اما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة واستقضى معاوية ابا الدرداء بالشام وبها مات وكان معاوية استشاره فيمن يولي بعده فاشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته على التي ذكرها المص هي كونه رابعا بعد زمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان احق بها في سائر النوب حتى من ابي بكر وانما كان الحق معه في تلك النوبة بصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال اهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلوة والسلام لعمار تقتلك الفئة الباغية وقد قتله اصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة ولقد اظهرت عائشة رض الندم كما اخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت عائشة لابن عمر يا ابا عبد الرحمن ما منعك ان تنهاني عن مسيري قال رايت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت له اما والله لو نهيتني ما خرجت واما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن ابي اسحق قال كان ابو بردة بن ابي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل اخاه مكانه واسند في موضع آخر عن حمزة قال استقضى الحجاج ابا بردة بن ابي موسى واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة اشهر وفي تاريخ اصبهان للحافظ ابي نعيم عبد الله بن ابي مريم الامري ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج واقام محبوسا بواسطة فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله بن عوف ابو محمد الذي يقال له طلحة الندي ابن اخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وابي هريرة وابي بكرة رضي الله عنهم وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر لان المقصود لا يحصل من التقلد ح وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن وبلنسية وبلاد الحبشة واقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا او يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا لهم اماما يصلي بهم الجمعة فروع في العزل للسلطان عزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي لا ينعزل نائبه وكثير من المشائخ على ان النائب لا ينعزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينعزل القاضي بعزل نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن ابي يوسف رح لا ينعزل السلطان حتى يولي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صورة اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل اليك كتابي هذا فانت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب لم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امراء الخليفة ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض بل ينعزل الاول عن ابي الليث لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطا مثل ان لا يمتثل امر احد فخالف العزل وعن ابي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء اكثر من سنة ثم يعزله ويقول له اشغلناك اذهب فاشتغل ثم ائتنا قال ومن قلد القضاء يسال عن ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات

وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل فى يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم فى الصحيح لانهم وضعوها فى يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضى هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منهما فى خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قوله ومن قلد القضاء يسأل اى اول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو ان يسأل ان يطلب من القاضى المنعزل ديوانه ثم فسر ديوانه بانه الخرائط التى فيها السجلات وغيرها من كتب الاوقاف وكتب نصب الوصايا والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه لانها انما وضعت عند القاضى ليكون حجة وثيقة محفوظة عند القاضى اذا وقعت الحاجة الى الحجة ومعرفة الاحوال فتجعل عند من له ولاية النظر فى امورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك ثم ان كان القاضى الذى كتب فيه ورقا من بيت المال او من باب ارباب القضايا فظاهر فى بيت المال وكذا الآخر فى الصحيح لانه رضى به لاجل القاضى لا لاجل تلك الذات وقد انتقل الى القاضى وان كان ملك القاضى فكذلك فى الصحيح لانه اتخذه تدينا يحفظ به امور الناس وحاجاتهم لا تمولا ويبعث المولى اثنين او واحدا اما ليقبضاها بحضرة المعزول او من امينه ويسألان اعنى الامين المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع فى خريطة مثلا الصكوك فى خريطة والنفقات فى خريطة وكتب الاوقاف فى خريطة ليكون اسهل متناولا بخلاف ما اذا اختلط الكل فان فى الكشف عنه حرجا عسرا شديدا وفى عرف ديارنا ليس عند القاضى صكوك الناس ولا كتب اوقافهم بل اذا كان القاضى هو ناظر الوقف وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام العمل بمقتضى الجواب من القاضى فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا اقتضاه ختما عليه خوفا من طرق التغيير واما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة

قال وينظر فى حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر فى امره لان فعل القاضى المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدى الى ابطال حق الغير

قوله وينظر فى حال المحبوسين فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه باسمائهم واخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضى ناظر فى امور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد ان يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس بحجة يعتمد بها الثانى فى حبس هؤلاء لان قول الاول لم يبق حجة فمن اعترف بحق الزمه اياه ورده الى السجن الا ان يبلغ المقدار الذى يخرج من السجن عنده او لم يثبت له مال وكذا من انكر وشهد الشهود عليه والقاضى يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم اخذ منهم كفيلا واطلقهم حتى ينظر فى حالهم فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلب الخصم ولو اخبر القاضى المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة موجبة للعمل لا سيما هو على فعل نفسه وبهذا قال الشافعى ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل ايضا الا بحجة واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة بما يوجب حبسه لا يعجل باطلاقه لان فعل القاضى ظاهرا ما كان الا بحق فيحتاط للخصم الغائب فينادى عليه وصفته ان يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادى فى محلته من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضى يفعل ذلك اياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهم وان لم يحضر اخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق الغائب وامارته انه فى حبس قاضى والظاهر انه بحق فان قال لا كفيل لى وابى ان يعطى كفيلا وجب ان يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادى شهرا فان لم يحضر احد اطلقه وقيل اخذ الكفيل هنا قولهما اما على قول ابى حنيفة فلا كما قال فى اصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتى والمختار ان اخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابى حنيفة ان المال ظاهرا حق لهذا الوارث وفى ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر ان حبسه بحق لظهور ان فعل القاضى بحق ولكنه مجهول فليس اخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب ان لا يطلقه بقوله انى مظلوم حتى يمضى مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيدا



وينظر فى الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو فى يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بيناه الا ان يعترف الذى هو فى يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى كانه فى الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضى فيسلم ما فى يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له من جهة القاضى

قوله وينظر فى الودائع وارتفاع الاوقاف الكائنة تحت ايدى امناء القاضى والذى فى ديارنا من هذا الزمان اموال بلا اوقاف تحت ايدى جماعة يوليهم القاضى النظر والمباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذى يسمى امين الحكم فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة انه لفلان او غير ذلك او يعترف الذى هو فى يده ولا يقبل قول المعزول على من هو فى يده اذا انكر وقال هى لى الا ببينة لما بيناه انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضى لانه هو المخصوص بان يكتفى بقوله فى الالزام حتى ان الخليفة الذى قلد القاضى لو اخبر القاضى انه شهد عنده شهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله الا ان يعترف الذى فى يده ان القاضى المعزول سلمها اليه فحينئذ اما ان يقول سلمها الى ولا ادرى لمن هى او يقول سلمها الى وقال هى لفلان بن فلان وهو الذى اقر له القاضى المعزول ففى هذين يقبل قول المعزول فيها لانه ثبت باقرار من فى يده ان اليد فيها كانت للقاضى فيقبل اقرار القاضى فيها كما لو كانت فى يده حال اخباره او يقول دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول ويدفع الى من اقر له لانه اقر باليد للقاضى فصار المال فى يده ثم اقر انه لفلان فلا يصح اقراره او بدأ بالاقرار لفلان وقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضى ففى هذا يؤمر بالتسليم الى من اقر له الامين ويضمن مثله اذا كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من اقر له به لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه اقر بما هو فى يده فلما قال دفعه الى القاضى فقد اقر ان اليد كانت للقاضى والقاضى يقر به لغير من اقر هو به لغيره فيصير هو متلفا لذلك على من اقر له القاضى باقراره لغيره فلا يضمنه هذا وانما لو شهد قوم انهم سمعوا القاضى الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من فى يده او شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا لو مات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك بنا سبب هذا لو شهد شاهدان ان القاضى قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضى لم اقض بشئ لا يجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضى وعند محمد تقبل وينفذ ذلك

قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهى ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة فى معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها فى المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك فى اعتقاده لا فى ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضى اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة فى الدابة ولو جلس فى داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان فى جلوسه وحده تهمة

قوله يجلس للحكم جلوسا ظاهرا كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين فى الخلاصة ولا يتعب نفسه فى طول الجلوس ولكن يجلس فى طرف النهار وكذا المفتى والفقيه والمسجد الجامع اولى لانه اشهر ثم الذى تقام فيه الجماعات ان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع فى وسط البلد اما اذا كان فى طرف منها فلا لزيادة المشقة على اهل المشقة المقابلة له فالاولى ان يختار مسجدا فى وسط البلد وفى السوق ويجوز ان يحكم فى بيته وحيث كان الا ان الاولى ما ذكرنا وبقولنا قال مالك واحمد فى الصحيح عنه وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد للقضاء لانه الى القضاء بحضرة المشرك وهو نجس بالنص قال تعالى انما المشركون نجس والحائض وهى ممنوعة من دخوله ولان المساجد بنيت للصلوة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصى كثيرا من اليمين الغموس والكذب فى الدعاوى ولنا ما فى الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا فى المسجد ولا بد من كون

احدهما كاذبا حانثا في يمين غموس وفي الصحيحين من حديث اللعان ايضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه
في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك
يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه واخرج البزار الى ابن
عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذ اتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله اقم علي الحد
فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال
وما حدك قال اتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضوان الله عليهم
اجمعين انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله الا تجلد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك
قال فلانة فدعاها ثم سألها فقالت يا رسول الله كذب علي والله اني لا اعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك قال يا رسول الله ما لي
شاهد فامر به فجلد حد الفرية ثمانين واما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك
في ان عمر او عثمان وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا ففي البخاري لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم واسند
الامام ابو بكر الرازي الى الحسن انه رأى عثمان يقضي في المسجد وذكر القصة وذلك فيما قيل انه غريب مبني على ان المراد روايته هذا اللفظ وليس
كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده الى ربيعة بن ابي عبد الرحمن انه رأى ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر
وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز واسند الى سعد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن
بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي القضاء بها فكان يقضي في المسجد وقال ابو المولاة وثقته يروي عن انس واسند الى اسماعيل بن ابي خالد
قال رأيت شريحا يقضي في المسجد والى اسود بن سفيان يقول قال رأيت الشعبي يلزمه قاضي الكوفة يقضي في مسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء
كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرد انكاره على احد واما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم
بعرف وانما اخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه
فتركوه حتى بال ثم دعاه صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر انما هي لذكر الله تعالى والصلوة وقراءة القرآن او
قال وامر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء فشنه عليه وانما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه والحائض تحتبس لها فيخرج اليها القاضي او يرسل
نائبا كما لو كانت الدعوى في دابة وله ان يجلس في داره فيجلس بشرط ان يأذن للناس على العموم ولا يمنع احدا من الناس لان لكل احد حقا في مجلسه و
على قياس ما ذكرنا في المسجد ان الاولى ان يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي او يسير على دابة لانه اذ ذاك غير معتدل الحال
ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بان يتكي لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي
ان لا يقضي وهو غضبان او وجعان او جائع او عطشان او مهموم او ناعس او في حال برد شديد او حر او يدافع الاخبثين او به حاجة الى الجماع
والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه واصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي ان يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس
ولا يسمع من رجل حجتين فاكثر الا ان يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا وينبغي ان يجلس معه من كان
يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة الرشوة او الظلم وروي ان عثمان ما كان يحكم حتى يحضر اربع من الصحابة ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة
من الفقهاء ويشاورهم وكان ابو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال احمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط ان
دخله حصر في قعودهم عنده او شغله عن شيء من امور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه من حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم
يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه



له انه فهم حجته ولكن الشرع كذا اقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع بخلافه فربما يفسد العامة
عرضه وهو بريء واذا امكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان اولى قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او من جرت عادته قبل القضاء
بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل
هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه قوله ولا يقبل الهدية الحاصل ان المهدي اما له خصومة
او لا فان كانت لا يقبلها منه وان كان له عادة بمهاداته او ذا رحم محرم وان لم تكن خصومة فاما ان كان له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة قبل
وان لم يكن لا ينبغي ان يقبل واشكال جاز بشرط ان لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا ان يكون
مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها وهذا يقتضي ان لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن
للقريب قبل القضاء عادة فاهدى بعد القضاء لا يقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم او من له عادة قبل القضاء
يفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل القضاء اذا لم يكن الخصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بانه لا فرق
بين القريب والبعيد في انه لا يقبل هدية الا اذا كان له عادة نعم يمكن ان يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء انكان ذلك لفقر ثم ايسر بعد
ذلك ولايته قريب فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا اعلى شبه قوله فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا اخذ الهدية في موضع لا يباح
اخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عمالة لهم وعامتهم على انه يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او كانوا بعيدا حتى
تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة
والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه
رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا الي قال عليه السلام هلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له ام لا قال عمر بن
عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بمال فقال له من اين لك
هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى لك ام لا فاخذ ذلك منه وجعل في بيت المال وتعليل النبي صلى الله
عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة وهذا او
يجب ان يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض اعتاده قبل استقراضه عنه فاهدى الى المقرض فللمقرض ان يقبل منه قدر
ما كان يهديه بلا زيادة ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا
الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها
قوله ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه فلا يجيب دعوته الا اذا كانت عامة
ولا خصومة له وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة هكذا حكى بخلاف من الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم
وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جري العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة
والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان المحرم لا يجري بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة
واهدت به بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو كالاجنبي سواء وما في الهداية محمول على انه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة الرحم
قبل القضاء فاذا اهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى فقد آل الحال الى انه لا فرق بين القريب والبعيد في الهدية والضيافة سوى
ذلك الامكان الذي قدمناه واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المص الخاصة هي التي
لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي او لا وعندي ان ما حكي عن القاضي ابي علي النسفي وهو

ان العامة دعوة العرس والختان وما سواها خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما عرض عمرو ولم يعرف من اصطنع طعاما
ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لهاتين الخصلتين او الخصوص من الناس لانه اضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يخصه القاضي لم يصنع او يصنع
غير محقق فانه امر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله اعلم وعند الشافعي
واحمد يحضر الولائم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي يقتضي قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول
هدية فلقد ابعدت وقال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق
وعد منها هذين قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض المراد من المريض ليس له خصومة له والا لا يعود وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن ابي هريرة قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة واذا استنصحك فانصح له فهذه
هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله فشمته وروى البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد
بن انعم الافريقي قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فانضم مركبنا الى مركب ابي ايوب الانصاري فلما حضر غداؤنا ارسلنا اليه فاتانا فقال
دعوتموني وانا صائم فلم يكن لي بد من ان اجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على اخيه ست خصال واجبة ان ترك
منها شيئا فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد
من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين
في الجنازة فالمراد به ثبتت عليه اعم من كونه ندبا او وجوبا بالاصطلاح ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن
ذلك ولان فيه تهمة قوله ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه الآخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي
فاضافه فلما قال اني اريد ان اخاصم قال له علي تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق
ثم الدارقطني ولان فيه تهمة الميل قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم
في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك
في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قوله واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال
لما رواه اسحق بن راهويه في مسنده انا بقية ابن الوليد عن اسمعيل بن عياش ثني ابو بكر التيمي عن عطاء بن يسار عن ام سلمة قالت قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الآخر واخرجه
الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن ابي عبد الله عن عطاء بن يسار عن ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين
فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده وروي عن ابن عمر انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري ان سو بين الناس
في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولا تسار احدهما ولا تشير اليه ولا تلقنه حجة للتهمة ولان
فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء والمستحب
باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به ابا بكر
دون عمر وفي سنن ابي داود ان عبد الله بن الزبير خاصم عمرو بن الزبير الى سعد بن وقاص وهو على السرير فقال اجلس عمرو ابن الزبير على
السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الآخر فقال هنا فقال عبد الله الارض الارض فقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم او قال
سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس
السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وهذه المسألة



تظهر ان القاضي ليس له ان يقيم على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي فانه قام واجلس عليا مجلسه وينبغي للخصمين ان يجثوا بين يديه
ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويبعدهما عنه قدر ذراعين او نحو ذلك من غير ان
يرفعا اصواتهما ويسند القاضي ظهره الى المحراب وهو مستحب عند الائمة الثلاثة ويقف اعوان القاضي بين يديه ليكون اهيب واذا حضرا فالقاضي
بالخيار ان شاء ابتدأ فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدئا بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما فاذا تكلم المدعي اسكت
الآخر حتى يفهم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بان
يقول اسأله لكن يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها والا قال له قم فصحح دعواك واذا صحت الدعوى يقول فماذا تريد ان اصنع فان قال اريد جوابه سأله
والاصح عندنا انه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن واختار محمد ان يقدم الدعوى الاولى
فالاولى ويضع على ذلك امينا لا يرتشي يعرفه السابق ويذكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو اشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم
بل يمهلهم فان بالعجلة ينقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لا يخافه الناس وانكر الائمة ما اراد من اتخذ بواب القاضي شيئا يمكنه من الدخول
وهو يعلم قالوا هو فساد عظيم ليس لاحد ان يمنع احدا من التقدم الى القاضي في حاجة والماخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي
يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل ينبغي ان يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه صوت يقال له الجلواز وصاحب المجلس
يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود تقرب من القاضي واعلم ان القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا ان يجلسهم على ما ذكرنا فهذه
ايضا من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر انه كان اذا سافر استصحب رجلا سيئ الادب فقيل له في ذلك فقال اما علمت ان الشر
بالشر يدفع والمقصود ان الناس مختلفو الاحوال والادب وقد حدث في هذه الازمان امور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال يراد به الخير لا حشمة النفس
المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله ويجب ان تكون فيه علية بلا غضب وان يلتزم التواضع في غير وهن ولا ضعف ولا يترك
شيئا من الحق ويتخذ كاتبا امينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كيلا يقع في السجل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات
والمحاضر ويقعده حيث يرى ما يقعد ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم
قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح
في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل قوله ويكره تلقين
الشاهد وهو ان يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما عليه الائمة الثلاثة وعن ابي يوسف وهو وجه للشافعي لا باس به لمن استولته الحيرة او الهيبة
فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة اما فيها بان ادعى الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة
وشهد الشاهد بالالف فيقول القاضي يحتمل انه ابراه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين وفي المبسوط ما قاله عزيمة لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه
وقول ابي يوسف رخصة فانه لما ابتلي بالقضاء شاهد الحصر عند اداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على اداء الشهادة
ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللغة في كتاب الصلوة والنص امر باكرام الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق
وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليأتي بخصمه يقال شخص من البلد الى بلد اذا ذهب
من حد منع قيل وتاخير قول ابي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المص وهذا بناء على ان قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي
وقد لا يلزم ويكفي كونه آخر دليله في ذلك وفي فتاوى قاضي خان لا ينبغي للقاضي ان يبيع ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه
قالت الائمة الثلاثة وعن احمد يتخذ وكيلا لا يعرف انه وكيل القاضي تحرزا عن المحاباة وشرط شريح على عمر حين ولاه ان لا ابيع ولا اشتري

ولا ارتشى وقال بعض المشائخ المالكية ينبغي للقاضي ان يرتفع عن طلب العوارى من الماعون والدابة وما اشبه ذلك وعن محمد لا بأس بان يبيع ويشترى فى غير مجلس القضاء وينبغى للخصوم اذا وصلوا ان لا يسلموا على القاضي فان سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج فى احسن ثيابه والله الموفق

**فصل فى الحبس** احكام القضاء كثيرة فذكر منها الحبس الا انه اختص باحكام كثيرة فافرده بفصل على حدة والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفى المذكور فى قوله تعالى او ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلف انه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة وذكر الخصاف ان ناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتل بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم ولم يكن فى عهده صلى الله عليه وسلم وابى بكر سجن انما كان يحبس فى المسجد والدهليز حتى اشترى عمر دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن فى زمن عمر ولا عثمان ايضا الى زمن على فبناه وهو اول سجن بنى فى الاسلام قال فى الفائق ان عليا بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وفى ذلك يقول على رضى الله عنه

الا ترانى كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا
بابا حصينا واميناكيسا

والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التأنى فى الامور والمكيس المنسوب الى الكيس واراد بالامين السجان الذى نصبه فيه والمحبوس فى الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا العيد ولا الجمعة ولا الصلوة جماعة ولا الحج فريضته ولا لحضور جنازة بعض اهله ولو اعطى كفيلا بنفسه لانه يشرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغى ان يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فرش ولا وطاء ولا يدخل له احد يستانس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وغيرهم وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق آدمى بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده ايخرج فقال لا ولو مرض فى السجن فاصبناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز ان يكون الدين مقتضيا للتسبب فى هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته او جاريته فيطأها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه للسلام عليه لانه قد يفضى الى المقصود من الايفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدر فى الحبس فيحبس فى الدراهم وما دونه لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك **قال**

**واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا فى اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره** قوله واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل حتى يامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة بقوله صلى الله عليه وسلم لى الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه ابو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس فلا بد من ظهوره المماطلة ولم يظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار اذ لعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال وانما يظهر اذا امره بعد اقراره فامتنع اما لو ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره وفى الفوائد الظهيرية وعن شمس الائمة السرخسى عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بانى ما كنت اعلم ان على دينا له بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى احوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يامره فى الاقرار والبينة **قال فان امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال فى يده ثبت غناؤه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفى النفقة القول قول الزوج انه معسر** تيـ



وفى اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال فى الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابى حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى ان له مالا وثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور ظلمه فى الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكرت ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر

قوله فان امتنع اى بعد امره بقضاء حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كالقرض وثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال فى يده ثبت غناه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعنى اذا دخل المال فى يده ثبت قدرته على ايفائه ولم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه والا يسمع قوله انى فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار ولا يحبسه فيما سوى هذين النوعين اذا قال انى فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه وجد دلالة اليسار اى قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر فى الكتاب ويروى ان القول لمن عليه فى جميع ذلك اى فيما كان بدل مال او لزمه بعقد او حكما بفعله لا بعقد كالاتلافات وضمان الغصب هو قول الخصاف لان الاصل هو العسرة فى حق كل احد لانه عدم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله الك مال اولا فان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف اطلقه الا ان يقيم المدعى بينة على قدرته وسندنا يحبسه ولا يسأله فان قال انا فقير فحينئذ ينظر ويروى ان القول الى المديون الا فيما بدله مال كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعى ونسب الخصاف هذا القول لابى حنيفة وابى يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان زيه زى الفقراء فالقول قوله فى الفقر الا ان يثبت المدعى قدرته وان كان زيه زى الاغنياء فالقول للمدعى الا فى الفقهاء والعلوية والعباسية لان الزى فيهم لانهم يتكلفون فى لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعى انه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل ان يحضر مجلس الحكم فان القاضى يسأل المدعى البينة على ذلك فان اقام البينة انه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يقدر على البيان حكم زيه فى الحال فيجعل القول قول المديون ولو تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم الا ان يدعى المدعى انه موسر وهو يقول اعسرت بعد ذلك واقام بذلك بينة فانها تقدم لان معها علم بامر حادث وهو اعسره بعد ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين لنصا عن اصحابنا بلا خلاف احدهما ان المراة اذا ادعت انه موسر لتاخذ نفقة اليسار وقال انه معسر يعطى نفقة الاعسار ان القول للزوج والثانية احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وزعم انه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين يعنى قول القائل القول لمن عليه فى جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال اما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور اولا كان القول للمراة والشريك الساكت فى دعوى اليسار واما تأييدهما الثانى فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه وعلم بهذا ان الصحيح هو القولان الاخيران كذا فى النهاية ومنهم من الشارحين من قال اما تأييدهما القول من قال القول له فى جميع ذلك فظاهر وذكر فى الثانى ما ذكر فى النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل فى الكتاب بين كون الدين ملتزما بمال او بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب فان البدل فيهما ملتزم بعقد او شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع سببا لمضى العتق ويؤيدان القول الاخير وهو ان القول للمديون الا فيما بدله مال فان البدل فى المسئلة ليس مالا ويجعل القول للمديون فايدا القول بان ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم انه يفيد الشمول والا فلا يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد كون القول له فى جميع الديون مما فى النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد وكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن ان يجمع بينهما فى الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب فى الكل انما كان هو الصحيح لا يكون التفصيل بين كون الدين مالا فالقول للمدعى او غير مال فالقول

لمطلوب صحيحا فالذي لا شبهة فيه انما بطلان القول المذكور في الكتاب ليس بشيء واجاب المصنف عن الابطال المذكور بان دين النفقة وضمان العتق
ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله قوله والتخريج على
ما قال في الكتاب الى آخره لم يرد القضاء فيرجع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته ثم فيما اذا كان القول قول المدعي او ثبت ذلك بالبينة يحبس
المديون شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس ليظهر ماله فيؤدي ما عليه فلا بد ان يمتد المدة لتفيد هذه الفائدة مقدرة بما ذكره وهو شهران
او ثلاثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وروي غير ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما ذكر على الشهر في
حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار ادنى الآجل شهرا واقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروي اربعة اشهر وهو رواية الحسن ما بين
اربعة اشهر الى ستة اشهر عن ابي حنيفة والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له
مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة
تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا
كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى قوله والصحيح الخ ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد فالتقدير
في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأي القاضي اذ المقصود بالحبس ان يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال فرح عن نفسه يسأل عنه جيرانه واهل الخبرة
فان شهد عنده شاهدان انه قادر على قضاء الدين بعد حبسه ثم قالوا انه ضيق الحال اطلقه ولو رأى ان يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك
واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية يقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد
بن ابي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي واحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي
فلا تقبل حتى تتايد بمؤيد وبعد مضي المدة تايدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط
والا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة الى سؤال واليه يشير
قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون يمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف ابد حبسه ولا شك ان
معناه ما لم يقم بينة على حدوث عسرته قال ابو القاسم في كيفية شهادة الاعسار ان يقول اشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلة
وقد اختبرنا امره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة فسأل فانه يكفي الواحد العدل في اختياره بالعسرة والاثنان احوط ولا يشترط فيها الشهادة ذكره
في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان
معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قوله في الجامع الصغير
رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأله عن حاله انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في اول الوهلة
فان هذا ظاهر في فصل الحبس باقراره فذكره ليأوله بقوله ومراده واذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهر مماطلته فرفعه الى القاضي فانه يحبسه بمجرد
جوابه انه لم يعطه الى الآن شيئا قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته فانه ظالم
وتحقيق ذلك بان تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضي ذلك فاما بمجرد فرضها
وطلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم
ينبغي ان قدمته في اليوم الثاني ان يأمره بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس
ما اسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته يأمره بالقسم وعدم الجواز فان ذهب ولم يقسم فرفعته اوجعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق
لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع



عن الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم قوله ولا يحبس والد في دين ولده
لانه نوع عقوبة الوالد لاجل الولد لان التافيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحد اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله اما اذا امتنع من الانفاق
عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فابى عن الانفاق لانه لا يتدارك لسقوطها اي لسقوط النفقة بمضي الزمان بخلاف الدين
فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لان كسبه للمولى
فكيف يحبس له فان كان عليه دين يحبس لانه للغرماء في التحقيق ويحبس المولى للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة
لان في الحبس له حق اخذه فاذا اخذه يلتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في الكسب كالحر فله حق المطالبة فيحبس
لمطله اما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك
الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا لا يحبس لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا
وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي هذا ايضا من احكام القضاء وغير انه لا يتحقق في الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة
الى فعل قاض واحد وفي التجنيس العمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو اخبر
قاضي البلد الآخر بانه ثبت عنده بينة قبلها بان حق فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل
ولايته فكتابته اولى ان لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على ان يجمع بين
شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدتين فجوزناه اعانة على ايصال الحقوق لمستحقيها واما وجه القياس بما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم
يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وانه ختمه وقيل ما روي ان الضحاك
بن سفيان انه عليه السلام كتب ان ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها رواه ابو داود والترمذي واجمع الفقهاء عليه لا يقال
لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدا على شهادة الاصول ويؤديان عند القاضي الثاني
فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب يستغنى
عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين
فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء
على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها
ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله
في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والغصب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين
وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما
بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله قوله ويقبل كتاب القاضي في الحقوق
اي التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص اذا شهد به اي بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه ما بين من ان الشهود
فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال فان شهدوا على خصم حاضر يحكم بالشهادة يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من
ينصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو اراد بالخصم المدعى عليه لا وكيله لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر

لان الخصم حاضر عند القاضي وقد حكم عليه واذا حكم كتب بحكمه الى قاضي البلدة التي فيها الموكل ليقضي منه الحق وهذا الكتاب المتضمن للحكم هو المدعو
سجلا في عرفهم وان شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم لانه حينئذ قضاء على غائب وانما يكتب بالشهادة الى القاضي الآخر ليحكم هو بها وهذا هو الكتاب الحكمي
في عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار ما يؤول وهو في الحقيقة نقل الشهادة الى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق
بين الكتابين ان السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه
لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله ان لا يقبل ولا يعمل به ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان
كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة واستشكل بان دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا
في الامانة والمغصوب وكانت هذه بمنزلة الاعيان واجيب بان المدعى بها نفس النكاح الذي هو الفعل والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج
الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه
لان الاشارة اذا لزمته باي طريق كان ضمنا او قصدا يتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق ان الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم
الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر ان شاء الله تعالى فيكتب فيها
كما يكتب في الدين والعبد ويقبل في العقار ايضا اذا بين حدودها الاربع لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة كالحمار
والثوب والعبد للحاجة الى الاشارة فيها وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبد لانه يخدم خارج البيت فاباقه
متيسر ولمساس الحاجة فيه جوازه بخلاف الامة لانها داخل البيت فلا يشترط ما تيسر له وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل من الدواب والثياب والآنية
وعليه المتاخرون ونص الاسبيجابي على ان الفتوى عليه وبه قال مالك رح واحمد والشافعي في قوله فان المانع منها ما كان لحاجة الى الاشارة
في الاعيان وهي غائبة في بلد المكتوب اليه ولا شك ان في الدين ايضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضي عليه ومع ذلك اكتفي باسمه وشهرته
في الاثبات عليه وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثاني تتحقق معنى الاشارة والتعيين ونبين ذلك
بايراد الصور فصورة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان الفلاني ان يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا الى فلان
قاضي كورة كذا سلام عليك فاني احمد اليك الله الذي لا اله الا هو اما بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل
في كورة كذا ولم يذكر في المجرد يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سنذكره وسألني ان
اسمع بينته واكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فاتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي
ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما دينا حالا وسألني ان احلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له
قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت البينة عندي ولا قبضه له وكيل
ولا احاله ولا قبضه له قابض وانها عليه فسألني ان اكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب واشهدت عليه
شهودا انه كتابي وختمي وقرأته على الشهود وقال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو اوثق ثم يكتب عليه عنوان من فلان
قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا اتى به المدعي الى القاضي الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه
سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي ان يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا حضر واقر انه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته
وسمع منه فان انكر قال له ائتني بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعي على ان هذا كتاب القاضي
الذي ذكر فيقول لهم اقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأه علينا واشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منه لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا
لم يفكه حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان اقر الزمه اياه وان انكر قال الك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة
قبلها



قبلها وان قال لست انا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال بل هو آخر قال له هات بينة ان في تلك الصناعة او القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما نسب
اليه والا الزمتك ما شهد به فان جاء ببينة على ان في تلك الصناعة والقبيلة من ينتسب بمثل ما انتسب اليه بطل الكتاب وان
لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد على اسمه واسم ابيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل
باخرة الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة ننبه عليها منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان
ويحليهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب واقام شهودا عدولا عرفتهم بالعدالة او ساكت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم
عندي لا بد ان يقول احرار عدول اذ المراد بهم والذي يظهر من كلام محمد غير انه لا بد من تسميتهم لتسمية كل منهم ومصلاه وحرفته ان تاجرا فتاجر
ومزارعا فمزارع والمقصود بتتميم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة او عدلوا الان الخصم اذا حضره الثاني قد تكون له مطعن فيهم
او في احدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والا فيقول سمهم لي فانه قد يكون فيهم طعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة
كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قولهما
وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته او صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته او فخذه
فقال فلان التميمي وما اشبهه لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج بهذا الى هذا وقيل ولا بد ان يذكر ادعى المدعي انه
غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي فجماعة من مشايخنا
قالوا لا يجوز فيما دون المسير السفر وبه قال الشافعي رح واحمد في وجه وحكى الطحاوي عن ابي حنيفة رح واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر
وقال بعض المتاخرين هذا قول ابي يوسف رح ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة رح انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود
ليس بلازم بل هو اوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهره في انه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سنذكره وان كانت
دارا قال ادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكروا ثلاثة حدود
كفى استحسانا خلافا لزفر ولو غلطوا في بعض الحد وبطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من قاضي مصر بعد العنوان والسلام شهد
عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي وقد ابق
الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سنذكر
فاذا وصل فعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب ودفع العبد الى المدعي من غير ان يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي
لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ كفيلا بنفس العبد الذي من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الان الدفع من
يتعرض له ويتهمه بسرقة فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهد ان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل
ما فعل المكتوب اليه ثم يامر المدعي ان يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا اقضى له وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت
عنده ليبرأ الكفيل وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضي للمدعي لان الخصم غائب لكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية فيه
ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرأ الكفيل وصورته في الجواري
كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبعثها على يد امين لاحتمال انه اذا ارسلها مع المدعي يطاها
لاعتقاده انها ملكه قال في المبسوط ولكن ابو حنيفة ومحمد رح قالا هذا فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل
ان يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع ابي حنيفة رح بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختار
للفتوى الموافقة للوجه والائمة الثلاثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد ان يجعل

فيجري فيها ما يجري فيها لانه بعد ان يجري مجرى الديون لانها اذا قالت لست انا فلانة المشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم يقدر
على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها ان يدفع الى المدعي بطلانها قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او
رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان
من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة
لا بالتزكية قوله ولا يقبل الكتاب اي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين على انه كتاب القاضي فلان الكاتب
وانه ختمه وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي لانهم يشهدون
على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا
لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه وما شرط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن اسند الخصاف الى عمر بن ابي زائدة او عمير قال جئت بكتاب
من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي
فيه شهادة شاهدين على رجل من اهل البصرة بخمسمائة درهم فقال الرجل يقوم على راسه اذهب بهذا الى زياد فقل له ارسله الى فلان
تأخذ منه بخمسمائة درهم وادفعها الى هذا وبه قال ابو ثور والاصطخري من الشافعية وابو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب
اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستيمان وعلى رسول القاضي الى المزكين ورسول المزكين الى القاضي
قلنا الفرق ان هذا النقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزوم من الحجة وهو البينة بخلاف كتاب
اهل الحرب فانه ليس ملزما اذ للامام ان يعطيهم ما طلبوه وله ان لا واما الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة واما الفرق
بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله ان تكون كنفسه وقدمنا انه لو ذكر ما في كتابه لذلك
القاضي بنفسه لا يقبل وكان القياس في كتابه كذلك الا انه اجيز باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت
فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز ان يكون قال لاياس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه
من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه ان يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه
كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به ولا احد من القضاة ان يعمل به واجازه ابو يوسف ايضا قال في الخلاصة وعليه
عمل الناس اليوم **فرع** يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشبهات
ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه اصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي القياس
لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه واسم ابيه وفي الاستحسان يجوز للامير ان يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي
ان يأتي في كل حادثة الى الامير بحضرة ولانه لو ارسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا
ارسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر فشرطنا هناك شروط كتاب القاضي الى القاضي قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم
ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه
لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون
معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف
ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف رحمه
قوله ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهد الشهود ٣



على ما في الكتاب فلا بد من ان يقرأ عليهم او يعلمهم ما فيه اي باخباره لانه لا شهادة بلا علم المشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك
مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في الكتاب قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي واحمد ومالك
في رواية ومن ان يشهدوا انه ختمه وذلك بان يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لا بد ان يكون الكتاب معنونا اي مكتوبا
فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر
لا يقبل لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي ان يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة يستعينوا بها على حفظ الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت
الشهادة الى وقت الاداء عندهما وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه
وختمه بعد ما كان ولا يقول كقول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط ايضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء
وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي ولا شك عندي في صحته فان الغرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب
فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا
بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل يكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان
مع المدعي اشترط حفظهم بما فيه فقط ومن الشروط ان يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في
ذلك الوقت اولا وكذا لو شهدوا على اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا يقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي
في المصرين ومن قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي ان يعد عدالة شهود الاصل
والكتاب افرق ولو كان العنوان من فلان الى ابي فلان او من ابي فلان الى ابي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم او الكنية لا يتعرف به
الا ان تكون الكنية مشهورة مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى وكذلك النسبة الى ابيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب
وقد تقبل الكنية المشهورة كابي حنيفة على رواية ابي سليمان ولا يجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنية غير ان
بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه ان المكنى هو ذاك الذي اشتهر بها او غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في
الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم يشترط ابو يوسف العنوان ايضا بل اذا لم يكن معنونا وكان
مختوما وشهدوا بالختم كفى قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره
بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي
سلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب
بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رح لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم
قوله فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يفتكه الا بحضر من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد به لا يقرؤه
الا بحضوره لا مجرد قوله فانه لا يتعلق به حكم ترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف واستغنى
عن الكاتب وان انكر قال له هل لك حجة فاذا قال في كتاب القاضي اليك طالبه بالبينة عليه فاذا حضروا احضر خصمه ان لم يكن
حاضرا فيشهدون بحضرته ان كتاب القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه وانما لم يقرأه الا بحضوره لانه اي
الكتاب في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل
شهادة شاهد الاصل بعبارته بخلاف القاضي الكاتب فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا لان سماعه

ليس الحكم بل للنقل وكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد وقد علمت ان قول ابي يوسف الاكتفاء بالشهادة انه كتابه وختمه ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة في شهود الكاتب للفتح حيث قال فاذا شهدوا والخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا وقال المص الصحيح انه يفضي الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاف واحترز به عما ذكر في المغني فانه قال فيه فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المص اي وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد اصح يجوز اي يجوز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بانه كتابه ووجه المص بما ذكر الخصاف من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بان ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهودا ولا يمكن اداء الشهادة من المزيدين الا حال قيام الختم فرع ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة فهرب الى بلد اخرى كان للقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي وكما جوزنا للاول الكتابة يجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب ثم خرج من بلدة حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكاتب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيد لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشائخنا رح لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه قوله وانما يقبله المكتوب اليه هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو ان يكون القاضي الكاتب على قضائه الى ان يمضي آخر الكتاب فلو انه مات او عزل قبل ان يصل الى المكتوب اليه او خرج عن اهلية القضاء بجنون او عمى قالوا او فسق وانما تخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال ابو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال احمد لان كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء او مات الاصل بعد اداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة ومنع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين ان العبارة الجيدة ان يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا توجب عليه شيئا فقول المص التحق بواحد من الرعايا يعني قبل تمام القضاء ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر غير المكتوب اليه في غير عمله او غير عملهما ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير ان الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وكذا لو مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا الا اذا كان كتب الى فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي واحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاضي الحكم بشهادته وصار كما لو كتب الى كل قاض وصل اليه واجيب بان الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا اردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وامانتهم فكان الكل مكتوبا اليهم معينين ما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقدمنا انه اجازه ابو يوسف وهو الشافعي واحمد ومنعه ابو حنيفة والظاهر ان محمدا مع ابي حنيفة



والمعول قول ابي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا خلاف فيه **ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط** وفي قبوله سعي في اثباتهما قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك واحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا قلنا ان فيه اي في كتاب القاضي شبهة البدلية وصار كالشهادة على الشهادة لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات وفي قبول الكتاب سعي واحتيال في اثباتهما وعرف من تقريرنا ان المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناهما الى آخره والله اعلم انك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها التصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعيا ولدا او قالا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلد كذا فطلب الكتاب لا يكتب في قول ابي حنيفة ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد رفع الرق فهو كدعوى انه عبده فرع هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء او بعلمه والمتفاوت هنا ان القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو اقام شاهدا واحدا عند القاضي وسال ان يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو كان استوفي غريمه دينه وابرأه منه واقام عليه بينة واراد ان اقدام البلدة التي هو فيها واخاف ان يأخذني به فعند محمد يكتب وعند ابي يوسف لا يكتب واجمعوا انه لو قال جحد في الاستيفاء والابراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى ان الشفيع الغائب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب واشهدت فطلبت الكتاب هو على الخلاف ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر واخاف ان ينكر الطلاق فاحضرته وقالت للقاضي سل حتى انا انكر اقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف

والقياس في الكل هذا الاحتياط

## فصل آخر

**ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص اعتبارا بالشهادة وقد مر الوجه**

قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص وقال الائمة الثلثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست اهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم وقال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة رواه البخاري قال المص وقد مر الوجه يعني جواز قضائها وهو ان القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من اهل الشهادة فتكون من اهل الولاية وقيل هو قوله قبل ولان فيه شبهة البدلية ولا يخفى ان هذا انما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن ان يحمل كلامهما والمصرح بمنصب الخلاف فيحتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب ان ما ذكر غاية ما يفيد منع ان تستقضي وعدم حله والكلام لو وليت واثم المقلد بذلك او حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله كان ينفذ امره لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقة ما انزل الله الا ان يثبت شرعا سلب اهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم انه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية الا ترى انها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز في الفرد خلافه الا يرى ان تصريحهم يصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض افراد النساء خيرا من بعض افراد الرجال ولذلك

النقص العزيزي لنسب صلى الله عليه وسلم لمن يولیهن الى عدم الفلاح وكان الحديث متعرضا للمتولين ولبعض نقص الحال

وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لما لا يبطل ذلك. الحق **وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بحضرة من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره راى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح** قوله وليس للقاضي

ان يستخلف على القضاء في صحة ولا مرض الا ان يفوض ذلك اليه فيملكه كما انه اذا صرح فيه بالمنع فيمتنع منه وهذا لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ليس له ان يوكل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث جاز له ان يستخلف لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم ان الانسان عرض الاعراض فكان المولى له آذنا في استخلافه دلالة بشرط ان يكون المستخلف سمع الخطبة اما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المامور هناك بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل ولذا لو افسد هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرط لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا ما قالوا ان من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام لنفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له ذلك بخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة الايصاء لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز القاضي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى رايه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف وقوله ولو قضى الثاني بحضرة من الاول او قضى بغيبته فبلغه فاجازه جاز كما في الوكالة اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته او بغيبته فاجازه نفذ لانه حضره راى الاول وهو الشرط لانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله انه فضولي ابتداء وكيل انتهاء او لا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس بما حضره رايه واذا فوض اليه الاستخلاف يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل يعني السلطان حتى لا يملك الاول عزله الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فح يملك عزله وقال جعلتك قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقا وتقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعي واحمد قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا

**ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه** قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا

ان يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي بعض نسخ القدوري او يكون قولا الخ وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه قالوا انما اعاده لان في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري احدهما تقييد بالفقهاء افاد انه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب لا ينفذ على قول الاكثر ولا يخفى ان لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامور فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بانه مختلف فيه او غير عالم فانه اعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا امضاه فربما يفيد ان الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول



الذي ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على انه ينفذه اذا كان خلاف رايه وكلام القدوري يفيده ايضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم امضاه وهو اعم ينتظم ما اذا كان موافقا لرايه او مخالفا فانما في الجامع التنصيص عليه اذا كان مخالفا وقوله الا ان يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته او لا فشرط محل الاجتهاد ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من انكر فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في اقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده او ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم امهاتكم الآية لو قضى قاض بحل ام امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينضبط فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه يجاب بانه مؤول بالمذبوح للانصاب ايام الجاهلية فيقع الخلاف في انه مؤول او ليس بمؤول فلا يكون حكم احد المناظرين بانه غير مؤول قاضيا على غيره مع الاجتهاد وفيه نعم قد يترجح بعد احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقع الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد او لا ولذا تمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجيزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا ايضا وان كان كثير لم يحك الخلاف ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من ادب القاضي قال واما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز انتهى واما عدم تسويغ الاجتهاد فلكونه مخالفا للاجماع وسواء كان على الحكم او على تاويل السمعي او نقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رض في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المص بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل لا الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد فيه الا واحد الفريقين اقل من له الفريق الآخر اذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثلوا قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم مخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد مقابلة قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك او لا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان الواحد المخالف لو سوغه له لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغه لم يكن المحل مجتهدا فيه قال واليه اشار ابو بكر الرازي لان ذلك كما قال المص خلاف لا اختلاف ثم قال المص المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني ان كون المحل محل اجتهاد تحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين عليه فرع المص ان للقاضي ان ينقض قضاء القاضي ببيع ام الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكي في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن ابي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلفت الرواية عن ابي يوسف وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة تنبني على ان الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وعمر وغيره على منعه ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لم يرتفع خلاف الصحابة فوقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى عنهم جميعا ان القضاء ببيع ام الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي ان يبطله

ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك والشافعي وافق قول بعض الصحابة والتابعين المختلفين
فلا ينقض باعتبار انه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار انه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف
متعصب فيها بين الامامين للقاضي ان يبطله اذا خالف رأيه وعندي ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا والشافعي وابا حنيفة
مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا انهم اهل اجتهاد ورفعة ولقد ترى في اثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف
بعض المشائخ حتى ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذ لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما في الذخيرة
عن الحلواني ان الاب اذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول
مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها
فمضى عليها ستة شهر لم تر دما فانها تعتد بعده بثلثة اشهر فاذا قضى بذلك قال ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه الا انه نقل مثله عن ابن عمر رض
قال وهذه المسئلة يجب حفظها فانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى ان العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف
قال الا يرى ان القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته
ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول
كونه في مختلف فيه لانه لا اختلاف فيه انما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة
اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ
ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فمالك
وعثمان البتي يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح لسائر المتصرفات
يقتضي ان لا يشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كان معارضة معنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل
اجتهاد فينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك او بيننا وبينهم او احدهم محل اشتباه الدليل ح اذ لا يخلو عن مثل ذلك
فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها اهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص
بحلف المدعي ان فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعي
واليمين على من انكر مع ان معه ظاهر في حديث محيصة وحويصة تذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى
بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك ايضا وهو حديث العسيلة وفي السير من الجامع
الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته
نفذ وفي الفصول نقلا من فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة
ثم طلقها قبل الدخول ثم تزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان للاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم
طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع انه مأذون
فيه فقد كمذهب الشافعي يصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر وتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور
وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دية العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى
بام امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكى في الفصول فيمن اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند ابي يوسف ره
لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق اعتق الميت واحدا منهم بالشهادة لابيه وعكسه ينفذ



عند ابي يوسف ولا ينفذ عند محمد ره وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير ان يقرأها
عليهم الميت امضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بايام نفذ ولو عقدا موقتا بلفظ المتعة نحو متعيني بنفسك عشرة ايام لا ينفذ ولو قضى في زوجة
بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار
ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى ان لا يوجل العنين هذا في القضاء المجتهد فيه فاما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه
واصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان امضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء
هذا الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه اعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد ولا يفتقر لتحقق الخلاف
في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقيل ان يمضيه للثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة
رجلين فالقاضي الثاني مخير بين ان يجيزه او يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود في قذف والاعمى
واما قضاء السلطان في امر الاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بانه لا ينفذ محتاج في نفاذه الى ان ينفذه قاض آخر وقيل
في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني ان قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه فينفذ قضاء الثاني باطلاقه عن الحجر والاصل
ان القضاء على لا في فصل مجتهد فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به فلا ينقض بما هو دونه قوله والاصل حاصل التوجيه ان القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو ان اجتهاد
الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض الثاني باجتهاد هو دونه

**ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة ره وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ**
**بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا**
**والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف ليس باختلاف والمعتبر**
**الاختلاف في الصدر الاول** قوله ولو قضى في المجتهد فيه الخ مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان
عامدا ففيه روايتان عنه وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين لان رأيه يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عنده الصواب ورأي غيره يحتمل الصواب
وان كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه
مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه على جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاد خطأ نفسه فكذا هذا
وبه اخذ شمس الائمة الاوزجندي وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه ان ما يفعل القضاة من الارسال الى شافعي ليحكم
ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده
وهو باطل قال الشيخ ابو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان
يخالف رأي الخلفاء انتهى واو كذا الامور ليهاني هذا احكم شريح بما يخالف رأي علي كثيرا وهو يعلم ويوافقه كما علم في رد شهادة الحسن له
وعمر قبله فقيل صح عن عمر انه قلد ابا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال
لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأي مشترك وغير ذلك وتحقيقه ان القاضي المرسل يقطع بان
ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله تعالى الثابت في نفس الامر لكن القطع
بان المكلف به تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد اوجب عليه ان يعمل بخلاف حكمه تعالى
فكان ارسال الحنفي اليه ارسالا لان يحكم بما امره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه ان الله جوز له ان يقول بهذا القول

وان يعمل به من لفتي به او حكم به عليه واقتصار المص على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينفذ في الوجهين يعني وجه النسيان والعمد لانه قضى بما هو خطأ عنده وقد تضمن وجه ابي حنيفة جوابه بتيسير تامل ومع ذلك ذكر المص كصاحب المحيط ان الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة فقد اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز ان القاضي مامور بالمشاورة وقد يقع على خلاف رأيه ووجه المنع قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اليك الآية واتباع غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح ان المجتهد مامور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا الخلاف مقتضى ظنه وعلى هذا ليس الا قضا بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه بحكم هو فانه لم يعمل فيه بشيء هذا ومن لفه اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطيها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكي عن برهان الائمة يكون الوطي حلالا ولو كان اليمين كل امراة فسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امراة ذكر فيه خلاف عند ابي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر ان عند ابي حنيفة يحتاج وعند ابي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشائخ ايضا وجعله ان لا يحتاج في كل امراة ان يقضي القاضي عند تزوج امراة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد بنسخها في حق تلك المراة وسنذكر في امر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح

قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه ففي الباطن كذلك اي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك وكذا اذا قضى باحلاله يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة زور وهذا عند ابي حنيفة وهو مشروط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى على امراة نكاحا وهي جاحدة واقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع امة بشهادة زور بان ادعى على رجل انه باعها منه او انك اشتريتها حل للمنكر وطؤها اذا اقامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاجارة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها ثلثا وهو ينكر فاقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا واعتقا ثم تزوج احدهما بالآخر فجاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود او تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذه الفروع مع ابي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود واجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب انه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابي حنيفة رح انه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبامر الله اولى والقاضي مامور بذلك منه جل وعلا وايضا الاتفاق على تفريق المتلاعنين ينفذ باطنا وان كان احدهما كاذبا فليس بشي وفي الخلاصة واجمعوا على انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف

---



فقضى له بها لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا او كفارا او محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته انت طالق البتة ونوى واحدة بائنة او رجعة فقضى القاضي بانها ثلاثا اخذا بقول علي نفذ القضاء ظاهرا وباطنا بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأي القاضي عند محمد وعند ابي يوسف رح يتبع رأي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع اشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فما افتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت اخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد رح لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القربان قبل القضاء اما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا

قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز اذا كان غائبا عن البلدة او فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك واحمد رح وان كان في البلد غير مختف فله قولان اصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك رح والفرق ان في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمين لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية ابي داؤد وغيره وصححه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه توجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضي بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم عليه ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود امر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا انه جعل شرط الحدوث امر آخر فلم يحكم بوجوده بناء على انه الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وانكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضي عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا انه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما ان يقر او ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشي لان مع حضوره يحتمل ان يقر فيبطل حكم البينة او لا فيطعن في البينة ويثبته او لا يطعن فيقضي عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوزه هذا لان حكم الحكم بالبينة ان يتعدى في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة ياخذها وولدها ولو اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة يرجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو انكر ثم غاب قول ابي حنيفة رح لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو اقر ثم غاب يقضي بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة

عن محمد انه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول ابي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال
غيبته يبطل هذا الحق اما ليس له حق الطعن في اقراره وبالقضاء عليه لا يبطل حقا له وبه قال ابو يوسف اولا ثم رجع حين ابتلى بالقضاء
وقال يقضي فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس واذا علمت انه لابد من حضوره او حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه احد
ثلاثة نائب بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما يعني شخصا يقوم مقامه حكما اي يكون قيامه عنه
حكما لامر لازم واقتصر المص عليهما نفيا للمسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي نصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى
وكذا لو احضر المدعي رجلا غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما
يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد ان يبعث امينا اه الى باب داره فينادي على
باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والا نحكم عليك الا في غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد رح في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى
على رجل ذكر انه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة والمدعى عليه ينكر وكالته فاقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة
يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر
الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي انه مسخر فالوجه ان يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه انه في نفاذ
قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام انه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهرزاده
لا ينبغي للقاضي ان يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي ان يقضي على الغائب الا ان منع هذا او وكل وكيلا وانفذ الخصومة
بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء
هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه وحيث قضي على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول
من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يامر ذا اليد ان
يسلمها الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضى عليه
بالتسليم قال واحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من ادب القاضي ولم اجدها ثمة واما الثالث فلما اذا كان
ما يدعيه على الغائب سبب لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان
ما يدعيه على الغائب شرطا لحقه لا سببا لا محالة او قد يكون سببا وقد لا يكون فانه لا معتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب قال المص وقد عرف
تمامه في الجامع مثال السبب الملزوم لا محالة في ست مسائل ثلث فيما يكون المقضي شيئين وثلث فيما يكون واحدا اما ثلث الواحد
فاحديها ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام البينة انها داره اشتريها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضي بها في
حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب ثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملك والثانية ادعى
على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما ذاب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الذوب فاقام المدعي البينة انه ذاب له على
فلان الف يقضي بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالثة ادعى الشفعة في دار في يد انسان فقال
ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بالف وهو يملكها وانا شفيعها
يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب ومثال ثلث الشيئين احديها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي
حد العبيد وقال المدعي المقذوف بل اعتقك مولاك ولي عليك حد الاحرار والمولى غائب واقام البينة على ذلك
تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب



لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر فهما سببان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب
فاقام المشهود له البينة ان مولاهما اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق
لا ينفك عن الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غائب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه
وانقلب نصيبه مالا وانكر القاتل ∴ فاقام المدعي البينة على ذلك فتقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا ينتقض بما
اذا كان العبد بين حاضر وغائب فادعى العبد على الحاضر منهما ان الغائب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر
عن نفسه لصيرورته مكاتبا عند ابي حنيفة واقام البينة على الحاضر بذلك لا يقبل هذه البينة اصلا مع ان اعتاق الغائب نصيبه
سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة اجيب بان عدم القبول عنده في هذه لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضي عليه بالكتابة
لان الساكت ان اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتبا من جهة المعتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت
فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولا فلم يقبل واما ما لا يكون فيه ما يدعي به على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد
لا يكون فقد يكون ايضا شيئين وقد يكون واحدا وبيانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك اليه فاقام العبد البينة
ان مولاه اعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد
الى اعادة البينة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بحملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلثا تقصر يد الوكيل عنها دون
الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى اعادتها او بينة اخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق
تحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد تحقق موجبا للانعزال بان وجد بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما
اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا
قبلت البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا
من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الا ان ما يدعيه
على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل احدها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري ان البائع
انه كان زوجها من فلان الغائب لم يعلم المشتري ويريد ان يردها بهذا العيب وانكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه
لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعي شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى
على الغائب ليس سببا لما يدعي على الحاضر الا باعتبار البقاء وجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها وان اقام البينة على البقاء بان شهدوا
انها امراته للحال لا تقبل ايضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد البائع الاسترداد
فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا يقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا
لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة
رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد ان ياخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي في يدك ليست لك انما هي
لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ايضا لان المدعي
شيئان والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وزال
عن ملكه بسبب من الاسباب لا تكون له الشفعة وانما يكون له الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو اقام على البقاء لم يقبل ايضا
لما ذكرنا اما ما يكون شرطا فعامة المشايخ فيه على انه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامراته ان طلق فلان

امرأته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته واقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب
وقد افتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصما ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل
فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب
بشئ اذ ليس فيه ابطال حق له قضاء والاصل ان ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق للغائب قبلت البينة فيه اذ ليس
فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا تقبل قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض
مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظ وان اقرض الوصي ضمن لانه
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج قوله ويقرض القاضي اموال اليتامى
ويكتب ذكر الحق وهو المسمى في عرفنا حجة وهو الصك والحق هنا هو الاقراض وهذا لان في الاقراض مصلحتهم ولان بقاءه على
وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج
فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصي فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه المشهود او لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل
ولا كل قاض يعدل وفي الحث بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على هذا الاعتبار والاب كالوصي
في اصح الروايتين لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى انه اعم ولاية من الوصي لانها في المال والنفس كولاية القاضي
ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانعة من ترك النظر فالظاهر انه انما يقرض ممن يأمن جحوده وعلى هذا قالوا لو اخذه الاب قرضا لنفسه
يجوز وان روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية
بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود اصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد الشهود لموت او غيبة
قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى ان قدرته هذه انما تفيد مع وجود الملاءة اما لو اعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة
وعن هذا قال الخصاف ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم المال حتى لو اختل حال احد منهم يأخذ منهم المال قبل ان يعسر
فلا يقدر وكذا لو كان مستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي اقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه لنفصلها فعندنا وفي
قول للشافعي انه يجوز وظاهر مذهب مالك واحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت
عتبة خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند ابي حنيفة ان يعلم في حال قضائه في المصر الذي
هو قاض فيه بحق غير حد خالص لله من قرض او بيع او غصب او تطليق رجل امرأته او قتل عمدا وحد قذف واما اذا علم قبل القضاء
في حقوق العباد ثم ولي فرفعت اليه تلك الحادثة او علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضي عنده وقالا يقضي
وفي التجريد جعل قول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي واختلف المشايخ على قول
ابي حنيفة رحمه الله سواء كان مقلدا للرساتيق او لم يكن واصل هذا ان قضاء القاضي في القرية والمغارة لا ينفذ
عند ابي حنيفة ومحمد ونص اصحاب الامالي عن ابي يوسف انه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بحادثة
وهو قاض في مصره ثم عزل ثم اعيد الى القضاء فعند ابي حنيفة لا يقضي وعندهما يقضي واما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه
بعلمه اتفاقا والله الموفق

## باب التحكيم

هذا ايضا من فروع القضاء والحكم احط رتبة من القاضي فان القاضي يقضي فيما لا يقضي المحكم فاخره عنه
ولهذا قال ابو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القاضي لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع منه كالصلح او هو



صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله الآية وفيه نظر واما السنة فما قال ابو شريح
يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما احسن هذا رواه
النسائي واجمع على انه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت يهود على الرضى بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم وروي انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الي
فاتيتك يا امير المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال
زيد لابي لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتني فقال ابي نعفي امير المؤمنين ونصدقه وليعلم انه لا يظن باحد منهما في هذه الخصومة
الا اشتباه الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبيين لا للتلبيس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روي
ان ابن عباس كان يختلف اليه ويأخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا امرنا ان نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا امرنا ان نصنع
باهل بيت نبينا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي ان من احتاج الى العلم يأتي الى العالم في بيته ولا يبعث اليه
ليأتيه وان كان اوجه الناس واما القاء زيد الوسادة اجتهادا ولمن قوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه وبسط النبي
صلى الله عليه وسلم رداءه لعدي بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالحلف
صادقا وامتناع عثمان حين لزمته كان لامر آخر وان اليمين حق المدعي له ان يستوفيها وتسقط باسقاطه واذا حكم رجلان رجلا
فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة
القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي
لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى
ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه
عن ولاية عليهما قوله واذا حكم رجلان رجلا او امرأة تحكم بينهما ورضيا بحكمه اي ان حكم جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وسنذكر
لهذا تخصيصان اولهما قوله وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم بان يكون اهلا للشهادة فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الا ان
يحكمه ذميان لانه من اهل الشهادة عليهم فهو من اهل الحكم عليهم وكذا المحدود في القذف والفاسق لا يجوز حكم احد من هؤلاء لعدم
اهلية القضاء لعدم اهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى الفاسق ينفذ حكمه وقوله وينفذ حكمه
عليهما عطف على جواب المسئلة اعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمناها على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان
مفيدا للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده على بائعه ليس للبائع ان يرده على بائعه الا ان يتراضى البائع الاول
والثاني والمشتري على تحكيمه فيرده على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل
الا اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا ان يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في
التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق
او صبيا فبلغ او كافرا فاسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد
الى آخره من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المغني يجوز تحكيم المكاتب والعبد
المأذون كما يجوز تحكيم الذمي ذميا ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما اذ هما
الموليان له فلهما عزله قبل ان يحكم كما ان السلطان ان يعزل القاضي قبل ان يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا

واذا انفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما فقط لانه قد لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس للواحد ان يرجع
واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه
لا يلزمه لعدم التحكيم منه

قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه
وان خالفه ابطله وقال مالك وابن ابي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا ان يكون جورا بينا لم يختلف فيه اهل العلم ونحن فرقنا بان ولاية القاضي
عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له بخلاف المولين له لانه لهما ولاية على انفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه
والا ان نفيد بها بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات وكان للقاضي ان يبطله او ينفذه فكذا هذا وهذا يبين لك ان المراد من قوله وان
خالفه ابطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز ان يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد ان ذكر الوجه

فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة
فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق
والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكما في
دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده
القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة
لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع

قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص
وهذه احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف قال شمس الائمة في شرح ادب الخصاف من اصحابنا من قال انما
هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس فاما القصاص وحد القذف
فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف اطلق وقال لا يجوز وهو الاصح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص
وحد القذف بالصلح ولانهما يندرئان بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما واي شبهة اعظم من هذا قال المصنف قالوا وتخصيص
الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال
والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص واروش الجنايات وقطع يد عمدا ودم عمد بحجة عادلة جائز اذا وافق رأي القاضي
وعن ابي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصحي عن ابي بكر الرازي في القصاص ينبغي ان يجوز لان ولي القصاص لو استوفى
القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف انه لا ولاية لهما على دمهما فكذا لا يملكان
الاباحة يفيد انه قال الشخص … لا يصح امره ولا يحل للآخر قتله … وهذا لان المقضي عليه هو الاصل في التحكيم والآخر هو الطالب …
ذكر ان احدهما وهو الذي تحكيمه ليس بنفسه … ان يستوفي فيه بلا حكم لا يقتضي صحة التحكيم فيه … الآخر والآخر لا يملك ما حكم فيه
يبيح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم الحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها مروي عن اصحابنا ما هو اوسع
من هذا وهو ان صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامساك المرأة المحلوف
بطلاقها وروي عنهم ما هو اوسع من هذا وهو انه اذا استفتى اولا فافتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المرأة فان تزوج
اخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواهما
وفي الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح ببطلان الشافعي يجوز وكذا
لو حكم بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما قدمه من فتح باب التجاسر للعوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة

منقطعة



منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح بعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف ولو حكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ
لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله فان القاضي يرده ويقضي بما هو الحق وهو كونه على العاقلة لانه
يخالف لرأيه وللنص وهو حديث حمل بن مالك الا اذا ثبت القتل اي قتل الخطأ باقراره فيجوز قضاؤه بالدية على القاتل
لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه
فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل اروش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة
وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا او ان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كان
بحيث تحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه لو قضى على الجاني خالف الشرع او على العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه ولو اخبر باقرار
احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى
بعد العزل قوله ولو اخبر يعني الحكم بان قال لاحدهما اقررت عندي او قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك
وحكمت بهذا فانكر المقضي عليه ان يكون اقر او قامت البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقيا لان الحكم ما دام تحكيمهما
قائما كالقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا الحكم الا ان يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل ان يقول
حكمت عليك ثم قال الحكم ذلك او قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل احدهما قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال
بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل
شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا
القضاء قوله وحكم الحاكم سواء كان قاضيا او محكما لابويه ولولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له باطل لمكان التهمة بخلاف
ما اذا كان حكم عليهم يجوز لانتفائها ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم بالصواب
قوله ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأي وانما رضي الخصمان برأيهما فلا ينفرد احدهما ثم لا يصدق الحكمان
في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من العزل لهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد
عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسأل المدعي الحكمين ان يشهدا على شهادتهما لم يجز لانهما ما حملاها فلا يجوز ان يشهدا على
شهادتهما واذا عرف ان احد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا او حرا لم يجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب لم يجز
حكمه عليهما ولو امر الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام
الا ان يجيزه بعد الحكم او يتراضى بها الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فاجازه جاز وليس للحكم
ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فاجازه القاضي لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي
ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكماه واحد الخصمين قاض فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان
جائزا عنده وان كان جورا ابطله وكتاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم بمقتضى الكتاب

مسائل شتى من كتاب القضاء قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا
ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد
صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف
في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل

تعلق به حق محترم للغیر کحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشکل لایزول المنع على انه لایعری عن نوع ضرر بالعلو من توهین بناء او نقضه فیمنع عنه قوله واذا کان علو لرجل وسفل لآخر فلیس لصاحب السفل ان یتد فیه وتدا ولا ینقب فیه کوة عند ابی حنیفة ای بغیر رضی صاحب العلو وکذا لیس له ان یدخل فیه جذعا والاتفاق على ان لیس له ان یهدم سفله لما فیه من ابطال حق صاحب العلو في سکناه العلو وقالا یصنع ما لا یضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان یبنی على علوه او یضع علیه جذعا او یشرع کنیفا والکوة بفتح الکاف ویقال وتدیتد وتدا من صد ضرب قیل ما حکی عنهما تفسیر لقول ابی حنیفة لا انما یمنع ما فیه ضرر ظاهر اما لا ضرر فیه فلا خلاف بینهم وقیل بل بینهما خلاف وهو فی محل وقوع الشک فلا شک فی عدم ضرره کوضع مسمار صغیر او وسط یجوز اتفاقا وما فیه ضرر ظاهر کفتح الباب ینبغی ان یمنع اتفاقا وما یشک فی التضرر به کدق الوتد فی الجدار والسقف فعندهما لا یمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف فی ملکه والحظر لعارض الضرر فاذا اشکل لم یجز المنع لان الیقین لا یزول بالشک کما لو باع نصیبه من العبد المشترک یجوز ولو کاتب نصیبه لا یجوز وللشریک حق فسخه وعنده الاصل الحظر لانه تصرف فی محل تعلق به حق محترم للغیر ولهذا یمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغیر بالملک یمنع تصرفه به کالمرهون والمستاجر لتعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فیه وذکر شیخ الاسلام عن بعضهم ان على قول ابی حنیفة صاحب العلو لا یملک التصرف فیه وان لم یضر بالسفل والا لا یملک بالاتفاق وقال الصدر الشهید خلافه فی الاشکال وذکر قاضی خان لو حفر صاحب السفل فی ساحته بیرا وما اشبه ذلک عند ابی حنیفة له ذلک وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحکم معلول بعلة الضرر وعلمت ان لیس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه یجبر على بنائه لانه تعدی على حق صاحب العلو وهو قرار العلو کالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المدیون وهذا اصل کلی لکل من اجبر على ان یفعل مع شریکه فاذا فعل احدهما بغیر امر شریکه فهو متطوع لان له طریق وهو المطالبة بالمشارکة فی الفعل کنهر بینهما امتنع احدهما عن کریه وکری الآخر او سفینة تخوف الغرق او بیت او دار او حمام او طاحونة فاصلحه احدهما او عبد مشترک جنی ففداه احدهما فهو متطوع لان الآخر یجبر وان کان لا یجبر لم یکن متطوعا کعلو لرجل وسفل لآخر سقط السفل فبناه الآخر لا یکون متطوعا لانه لا یجبر صاحب السفل على بنائه فکان فی بنائه اياه مضطرا لیصل الى حقه واذا بناه وبنى علیه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسکنى حتى یؤدی قیمته واختلف ان القیمة تعتبر وقت البناء او وقت الرجوع والصحیح وقت البناء وانما قلنا فی الدار والبیت والطاحونة والحمام ما ذکرنا اذا کان یمکنه قسمة الساحة فیبنی فی نصیبه وفی الخلاصة فی الفصل الثانی فی الحائط وعمارته قال وذکر الخصاف انه یرجع بما انفق وهذا عندی فی غایة الحسن اذا کان بقضاء ویجب ان لا یضمن لو على بناء السفل على قدر ما کان علیه ذلک القدر اما اذا کانت الساحة صغیرة لا یمکن بناء فیها بعد القسمة فانه اذا بنى لا یکون متطوعا وکذا اذا انهدم بعضه لانه لا یمکن الانتفاع بنصیبه الا ببنائه فلا یکون متطوعا وفی فتاوی النسفی والجارین سطح احدهما اعلى ویسیل ماء العلیا على الاخرى فاراد صاحب السفلى ان یرفع سطحه او یبنی علیه له ذلک ولیس للجار منعه ولکن یطالبه بتسییل مائه الى طرف المیزاب وان انهدم السفل او هدمه المالک لیس للآخر ان یکلفه العمارة بل له ان یسأله المالک ان یبنی هو ویمنع صاحبه من الانتفاع انتهى ففرق بین التعلی وبین حق التسییل حیث لو هدم فی الاول یجبر على البناء ولو هدم الثانی لا یجبر وفی الحائط بین اثنین لو کان لهما علیه خشب فبنى احدهما للثانی ان یمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى یعطیه نصف قیمة البناء مبنیا وفی الاقضیة حائط مشترک اراد احدهما نقضه وابى الشریک ان کان بحال لا یخاف سقوطه لا یجبر وان کان بحیث یخاف عن الامام ابی بکر محمد بن الفضل یجبر وان هدماه واراد احدهما ان یبنی وابى الآخر ان کان اس الحائط عریضا یمکنه ان یبنی حائطا فی نصیبه بعد القسمة لا یجبر الشریک وان کان لا یمکن یجبر کذا عن الامام ابی بکر محمد بن الفضل وعلیه الفتوى وتفسیر الجبر انه



وان لم یوافقه الشریک وانفق على العمارة ورجع على الشریک بنصف ما انفق وفی شهادات فتاوی الفضلی لو هدماه وامتنع احدهما یجبر ولو انهدم لا یجبر ولکن یمنع الانتفاع ما لم یستوف نصف ما انفق فیه ان فعل ذلک بقضاء القاضی وان کان بلا قضاء فبنصف قیمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من کون الرجوع بقیمة البناء على ما اذا کان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابی الفضل بما انفق على ما اذا کان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهری فلیکن هو المحمل وهذا لانه لما کان مضطرا فی البناء کان له التضمین ما صرف لذلک غیر انه لیس مضطرا فی ترک مراجعته الولایة على الشریک وهو القاضی فیرجع الى القیمة ولو کان الحائط صحیحا فهدم احدهما باذن الشریک لا شک انه لا یجبر الهادم على البناء ان اراد الآخر کما لو هدماه وان هدمه بغیر اذن الشریک وفی کتاب الحیطان رجل اراد ان یهدم داره ولاهل السکة ضرر لانه تخرب السکة المختار انه یمنع فلو هدم مع هذا فانه یضر الجار ان کان قادرا على البناء یجبر على البناء قیل والاصح انه لا یجبر وفی کتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا یضمنه قال واذا کانت زائغة مستطیلة تنشعب منها زائغة مستطیلة وهی غیر نافذة فلیس لاهل الزائغة الاولى ان یفتحوا بابا فی الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم فی المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا یکون لاهل الاولى فیما بیع فیها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فیها حق العامة قیل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا یمکنه المنع من المرور فی کل ساعة ولانه عساه یدعی الحق فی القصوى بترکیب الباب وان کانت مستدیرة قد لزق طرفاها فلهم ان یفتحوا بابا لان لکل واحد منهم حق المرور فی کلها اذ هی ساحة مشترکة ولهذا یشترکون فی الشفعة اذا بیعت دار منها قوله واذا کانت زائغة مستطیلة تنشعب منها الزائغة مستطیلة وهی غیر نافذة یعنی المنشعبة فلیس لاحد من اهل الزائغة الاولى اذا کان له جدار فی الزائغة المنشعبة ان یفتح فی جداره ذلک بابا یخرج منه الى الزائغة المنشعبة وهذه صورتها

والذی یمکنه ان یفتح بابا فی الزائغة القصوى هو صاحب الدار التی فی رکن الزائغة الثانیة وانما قلنا لیس له ذلک لان فتحه للمرور ولا حق باهل الزائغة الاولى فی الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص وکذا لو بیعت دار فی القصوى لم یکن لاهل الاولى شفعة فیها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان یفتح بابا فی الاولى لان له حق المرور فیها وبخلاف النافذة فان المرور فیها حق العامة ولا خلاف ان له ان یفتح قال بعض المشایخ لا یمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله ان یرفعه کله فکذا له ان یرفع بعضه والاصح ان یمنع من الفتح لانه منصوص علیه فی الروایة بنص محمد فی الجامع ولان المنع بعد الفتح لا یمکن اذ لا یمکن مراقبته لیلا ونهارا فی الخروج فیخرج ولانه عساه یدعی بعد ترکیب الباب وطول الزمان حقا فی المرور ویستدل علیه بترکیب الباب فیکون ترکیب الباب یمهد لنفسه دعوى حق المرور ویکون القول قوله للظاهر الذی معه وهو فتح الباب فلو کانت منشعبة مستدیرة فلهم ان یفتحوا لان الکل منهم حق المرور اذ هی ساحة مشترکة غایة الامر ان فیها اعوجاجا ولهذا یشترکون فی الشفعة اذا بیعت دار منها وهذه صورتها

وفی المحیط الحیطان رقاق غیر نافذة اراد انسان یعنی من اهله ان یتخذ طینا ان ترک من الطریق قدر الممر للناس ویرفعه سریعا ویفعل فی الاحایین مرة لا یمنع منه وکذا لو اراد ان یبنی اربطا او دکانا وهو الذی یسمیه فی عرفنا مصطبة ولو استاذن رجلا فی وضع جذوع على حائطه او حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره للمشتری ان یأخذه برفعهما الا اذا شرط القاء عند البیع وکذا لو کان نصب اعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب علیها وعلى وجه داره سقیفة للمشتری ان یطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو ان لرجل حائطا وجهه فی دار رجل فاراد ان یطین حائطه ولا سبیل الیه الا بدخول دار الرجل او انهدم الحائط فوقع نقضه فی داره فاراد ان یدخل لنقل الطین وغیره فمنعه صاحب الدار او له مجرى ماء فی داره فاراد حفره واصلاحه

ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه يدخل ويصلح ويفعل او تفعل بالك كذا روي عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث
وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم ان يربطوا الدابة فيها وان يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضأ بحيث
لا يطلق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها احد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر ان يسويها وفي اول قسمة الاصل قبيل باب
قسمة الدار رجل اصابه ساحة في القسمة فاراد ان يبنيها ويرفع بناؤها واراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له ان يرفع
بناءه وله ان يتخذ فيها حماما او تنورا وان كف عما يؤذي جاره فهو احسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه
بابا او كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة ان يبني في ملكه ما يستر جهته ولو اتخذ بيرا في ملكه او كرباسا
او بالوعة فنزمنها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب و
جواب الرواية وحكي عن ابي حنيفة ان رجلا شكى اليه من بير حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البير بالوعة
ففعل فنتنت البير فكبسها صاحبها ولم يفت بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني
وفي مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الزعار ليس لهم في الحكم منعه وبه
قال الشافعي واحمد ولو حفر في داره بيرا فنزمنها حائط جاره ليس له منعه قال في فصول العمادي نقلا من الذخيرة بعد ان نقل
عن نصير بن يحيى ان للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية
لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة قبل اذا سد الهواء بالبناء فانما
منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قلعها لا يمنع من ذلك وان
تضرر به الجار ولم يمنع من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة رواية في مسئلة لها في الكتب رواية وصورتها بالفارسية في الذخيرة
وغيرها حاصلها بالعربية داران لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد احدهما ان يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال في الفتاوى
الصغرى ان كانا في القديم بسقف واحد فللآخر ان يمنعه وان كانا ذا سقفين فليس له منعه قال وحد القديم ان لا يحفظ اقرانه وراء
هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلو اقام احدهما البينة على انه قديم والآخر محدث فبينة القديم اولى قال ولا تقبل شهادة اهل
السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي ان لا يكون له المنع على هذه المسئلة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه
من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسئلة وهي مسئلة البير يريد ان يمنعه من الضوء والضوء
من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الاصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى واما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر
ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحد ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان فقد يحبس في
خصوص اماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما اريناك من التضرر بقطع الشجرة
المملوكة للقاطع فلا بد ان يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي الى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش
وفي الذخيرة حكي عن بعض مشائخنا ان الدار اذا كانت مجاورة للدور فاراد صاحب الدار ان يبني فيها تنورا للخبز الدائم او رحى
للطحن او مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل اجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران
الرحى من ذلك والحاصل ان القياس في جنس هذه المسائل ان يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لانه متصرف
في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم
وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له او يخرج عن الانتفاع بالكلية



وهو ما يمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه فاما التوسع الى منع كل ضرر ما
فيسند به باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر ابو الليث في فتاواه حجرة سطحها وسطح جاره مستويان فاخذ
جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو اراد ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره
في دار جاره فله المنع وان كان لا يقع لكن تقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادي وعلى قياس المسئلة المتقدمة
وهي ان لا يمنع صاحب الساحة ان يفتح صاحب العلو كوة ينبغي ان لا يقال في هذه للجار حق المنع من الصعود الا ترى ان
محمدا لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في علوه مع انه يضره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ
جاره ببناء السترة ان يشاركه في بنائها لا ان يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها
وقال احدهما ابني حاجزا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان احدهما يؤذي الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي ان يأمرهما
ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعله القاضي للمصلحة ونظيرها في فتاوى ابي الليث رجل داره شجرة فصاد فاذا ارتقاها
يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع
انتهى ولقد احسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار ان المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين حتى يستروا انفسهم
لان هذا جمع بين الحقين **قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز** وهي
مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى **والمدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول**
**جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف** قوله ومن ادعى في دار دعوى
وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى ونقل في النهاية عن بعضهم انه اراد بالدعوى مقدارا معينا كالثلث
ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى قال
انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لابتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل
على قول ابي حنيفة فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فاسدا فصالحه على مال دفعته اليه صح مع ان اليمين لا يتصور في النكاح
عنده فالحق ان الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى او لم تصح ولذا قال المصنف والمدعي وان كان مجهولا فالصلح عن
مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة يعني وهو المانع **قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه**
**وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي**
**يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها**
**تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا**
**ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف**
**ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرير ملكه عندها** قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت يعني ذكر وقتا عينه كقوله
منذ شهر وسلمها الي فملكتها وهي الآن في يده واطالبه بدفعها الي فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه
بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشتريتها منه واقام بينة فشهدوا انه اشتراها وقتا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض
بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى
لانه بمقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا ولو

شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق الذي وفقه ولو ادعى الهبة يعني وارخ فطولب بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها توفيقا لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ كانه يريد نسخ الاصل لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملك الواهب عندها اي عند الهبة ولو لم يورخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينقض به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا امكن التوفيق وان لم يوافق المدعي وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها من ابيه في صحته وهو ينكر فاقام المدعي على ذلك بينة ولم تترك او لم يقسم بينة وحلف المدعى عليه ثم اقام بينة انها داره ورثها من ابيه قبل القاضي بينته ولا تكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب اولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك واقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لامكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا امكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعي التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينته الا ان يوفق المدعي فكان التوفيق من المدعي شرطا في رواية وليس شرطا في اخرى وفي المحيط قيل ما قالوا ان يوفق بغير دعوى المدعي قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي ان لا تقبل هذه البينة لانه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم اجيب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاحد الا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ تحقق من جهة الواهب بجحده وحين اقدم الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه قوله ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لوجهين احدهما ان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا معا حيث ينفسخ قطعة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ واورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ الا يرى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بان المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها ونقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر آجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب لا يكتفي بمجرد النية وهي في الفوائد الظهيرية علية فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا بينة له فعزم اي المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول واراد رده فاحتج البائع الاول بدعواه على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة ان كان بعد تحليف الثاني يرده او قبله فلا لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسند كر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انه زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه



او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الغش قوله ومن اقر هنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين اما مسائل القبض فاذا اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو ايضا القبض يعني اقر انه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه او ثمن مبيع او بدل اجارة او قال غصبت منه او على الف درهم ثم قال الا انه زيوف او نبهرجة او قال بعد تمام هي زيوف او نبهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط اقر الطالب انه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل ام فصل واطلاق المصنف يفسده قوله صدق وهذا بخلاف ما اذا اقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن مبيع او قرض او اجارة الا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان علي الف درهم من غير ذكر سبب تجارة او غصب قال بعض المشائخ هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام او التجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتأتي الحجج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي واحمد اذا فصل لا تقبل في جميع الصور لانه لما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عن ما اقر به قلنا في مسئلتنا انما اقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد ولان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة فاذا قال هي زيوف او نبهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع يمينه اذ كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل اخص فاذا نفى انه بعض ما صدق عليه بعينه وانه ما صدقاته الاخرى لا يكون مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة او رصاص لا تقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا اما لو اعترف انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة لانه في هذا مقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد وقال في النهاية جمع المصنفين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر بالجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت ما لي عليك اوحقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما قال علي الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال علي مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب ان لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها فاستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه داخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا واما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه اقر بقبض ما عليه كالوزن وكما عليه تسليم الجودة فكانت الجودة داخلة تحت قوله ما لي عليك وحقي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعدما نقله فيه نوع تامل وعندي ان المثال يشهد لا يرده وكانه والله اعلم اشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة ابدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا والحاصل رده على السائل ان ما يكون تبعا في الوجود قد يكون مقصود المتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له او اصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا وكذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلث طاقات الطاق الاعلى والاسفل

نفعنة والاوسط نحاس وهو شبه المموهة وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذاك اذا قال مفصولا اما في الموصول
يجب ان يصدق فانه قال في اقرار المبسوط لو اقر انه قبض خمسمائة درهم ماله على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان
اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم تكن منها معنى فكان
بيانا مغيرا لظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا ففي الستوقة اولى لان الرصاص العد منها اسے الدراهم وذكر المحبوبي في جامعه
مصرحا فقال فاما اذا انما قال وجدتها ستوقة او رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقدمنا ان
القول قول القاضي مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف احلفه اذا اتهمته

قال ومن قال لآخر لك على الف درهم فقال ليس لي عليك شئ ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه
شئ لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره
اشتريت وانكر الآخر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى فيه انه حقهما فبقي العقد
فيعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا قوله ومن قال لآخر لك على الف درهم فقال ليس لي عليك شئ او قال هي لك
او قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار
الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو اقر سيد للعبد بالنسبة لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة رح
لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للزوان يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقرا بنسبة لغيره فلا يمكن ان يدعيه لنفسه ولو كان
الاقرار بسبب المال مثل ان تقول اشتريت مني وانكر له ان يعود فيصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ بانكاره ان كان فسخا من جهته
لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله ان يصدقه بعد ذلك اما المقر له بالمال فينفرد بالرد فافترقا وناقضه في الكافي
بانه ذكر هنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع
فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضي انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا بينة ان له ان يفسخ
ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه اولا وهذه فروع ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل
ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل المديون الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد لانه اعتاق هذا كله في رد المقر له
اقرار المقر فاما لو رد المقر اقرار نفسه كان اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض واراد تحليف الآخر انه قبضه او قال بعد ان اقر بقبض
المبيع لم اقبض او قال هذا لفلان ثم قال هو لي واراد تحليف فلان او اقر بدين ثم قال كنت كاذبا واراد تحليف الدائن انه قبضه لا يحلف
في المسائل كلها عند ابي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شئ ثم ادعى عليه مالا واراد تحليفه ولا يحلف وعند ابي يوسف
والشافعي يحلف وهو رواية عن احمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد ان يسلمه
فيجب ان تراعى العادة وصار كما لو اقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الرأي
في التحليف الى القاضي يريد انه يجتهد في خصوصية الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين اقر واشهد يحلف له خصمه ومن لم
يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك

على شئ قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رح
لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون متناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرء منه
دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شئ قط لان التوفيق اظهر ولو قال



ما كان لك على شئ قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ
واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري رح انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى
بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق قوله ومن ادعى على آخر مالا معلوم القدر و
ما يصح به الدعوى فقال المدعى عليه ما كان لك على شئ قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته
وكذلك لو اقامها على الابراء وقال زفر لا تقبل ونقل عن ابي ليلى لان القضاء يتلو الواجب وقد انكر الوجوب حيث قال ما كان لك
على شئ قط فاذا اقام على انه قضاه ناقض ولنا ان التوفيق يمكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب وان لم يكن عليه حق ويبرأ منه ولذا
يقال اقضى بباطل وايضا قد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضيه وكذا لو قال ليس لك على شئ قط لان التوفيق اظهر لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم
النفي مطلقا لجواز القضاء والابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاجت الى التوفيق من
غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل
ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي ان يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي
لا يدري ما يوفق به المدعي وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بان التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كيلا يتعطل حجج الشرع
والتوسط في هذا ان وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب ان تسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك على شئ ثم اقامها على انه قضاه
ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره القاضي واعتبار ما لم يذكره المدعي والله سبحانه اعلم وذلك مثل قوله وهبها لي ثم انكر فاشتريتها وكذا فيما يأتي في الجارية
لم ابعها له ولكن اقام بينة كاذبة بالبيع فسألته ان يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا فلو زاد على ذلك فقال ما كان
لك على شئ قط ولا اعرفك او قال ولا رأيتك او ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا اخذ ولا اعطاء او ما اجتمعت معك في مكان
وما اشبه ذلك ثم اقام بينة على القضاء او الابراء لم تقبل لتعذر التوفيق وذكر القدوري عن اصحابنا انها تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة
قد تؤذى بالشغب على بابه فيأمر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك وامكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل وان كان المدعى
عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا قبلت وفي الثاني لو قال لم ادفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل ان يقول
لم ادفع اليه شيئا وقد دفعه اما لو ادعى اقراره بالدفع اليه او القضاء ينبغي ان يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه
المدعي عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الابراء وفي هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة

قال ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع
البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير
للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان متناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى و
ان كان باطلا على ما مر قوله ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على شرائها اياها منه فقبضها
فوجد بها اصبعا زائدة ونحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم انه كان في يد البائع واراد ردها فاقام البائع بينة انه برئ
اليه من كل عيب لم تقبل وعن ابي يوسف تقبل اعتبارا بما ذكرنا يعني التوفيق في الدين وقوله وعن ابي يوسف يشير الى انها ليست
ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين اصحابنا في الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن ابي يوسف ووجه التوفيق هنا ان يقول
لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته ان يبرئني عن العيب فابرأني قال الشارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجحود احدهما
لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق ايضا ان يكون البائع وكيلا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك باعها

لك قط صدقا فاقامت البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه الاول اعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرتاشي اقام بينة على الشراء وذو اليد منكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعي قد رد البيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينته لانه يقول اخذها منه ببينة كاذبة ثم استقلته فاقالني ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من مقتضاه وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا ولا يخفى ان كلا من وجهي التوفيق الاول والثالث يدفع هذا

**قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت**

قوله ذكر حق يعني صكا في اقرار بدين قال في آخره ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه يعني من اخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ان شاء الله تعالى متصلا بهذه الكتابة او صك شراء كتب فيه وما ادرك فلان المشتري من الدرك فعلى فلان خاصة ان شاء الله تعالى فعند ابي حنيفة يبطل الصك كله الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص وعندهما كل من الدين والشراء باق صحيح وقوله ان شاء الله تعالى ينصرف الى ما يليه وهو دلالة من قام به وضمان الدرك خاصة وقولهما استحسان لان الكل بواسطة العطف كشيء واحد اتصل به الاستثناء فينصرف الى الكل للاتفاق على ان قول القائل عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ولهما ان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد فقال العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليها يحمل الحادث الا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين ان ان شاء الله تعالى اجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير ان ابا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة بعضها استثناء فينصرف الى الاخير لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بجمل مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل وتحيل وجود المسئلة بل الوجه ان ان شاء الله تعالى شرط وحكم الشرط اذا تعقب جملا مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ولذا لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فمشى ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله تعالى مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد اورد ان هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله تعالى لم يبطل شيء ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح اجيب بان الغرض من كتابته اثبات رضى المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضى الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهذا يثبت الرضى بتوكيل وكيل مجهول والرضى بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله ايضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن ابي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة عنده بلا رضى الخصم الا اذا وجد الرضى بتوكيل وكيل مجهول فيجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة ان عند ابن ابي ليلى



يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم مطلقا

## فصل في القضاء بالمواريث

**قال واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رح القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما نعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا**

قوله واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته فانا استحق في ميراثه وقالت الورثة بل اسلمت قبل موته فلا ميراث لك فالقول قول الورثة وكان الاولى ان يقال بدل قوله القول قول الورثة لا تصدق الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت الخصم يعلمون كفرها بعد موته فلها ان تحلفهم على العلم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث فالظاهر اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان من الميراث ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر هو استصحاب اعني استصحاب الماضي للحال نعتبره للدفع وما ذكره استصحاب عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستاجر اذا طالب بمدة فقال كان الماء منقطعا فحكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق اجرة الماضي فلكذا هذا فالتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد وقد يثبت ما يوجب استحقاقا ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال هنا لانه لا استصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب لما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على اصل واحد وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهدا للماضي على باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان يستحق مالكها اجر الماضي اذا كان جاريا اجيب بان هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفوا في التاكيد والظاهر يصلح حجة للتاكيد وفي مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وانا ايضا اسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة اجيب بانه انما يصار الى ما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال واما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار اليه الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا شهرين على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهرا فالقول للمستاجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو الماخذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد ايضا شبهة على الاصل اعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المراة انه ابانها في المرض فصار فارا فانا ارث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها انكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع

قال ومن مات وله فى يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه
يدفع المال اليه لانه اقر ان ما فى يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حى اصالة بخلاف ما اذا
اقر الرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يومر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حى فيكون
اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها
فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيرى قضى
بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثانى
كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثانى له مكذب فلم يصح قوله ومن مات
وله فى يد رجل اربعة آلاف درهم مثلا وديعة فاقر المستودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره فان القاضى يقضى عليه بالدفع
اليه لانه اقر ان ما فى يده حق الوارث لا ملك له خلافة فهو كما اذا اقر انه حق المورث وهو حى اصالة بخلاف ما اذا اقر المودع لرجل انه
وكيل المودع بالقبض اى بقبض الوديعة او انه اشتراه اى اشترى الوديعة التى فى يده من المودع حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر
بقيام حق المودع وملكه فى الوديعة الآن اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فانه اقر له بملكه لما
فى يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفى فصل الشراء وان كان قد اقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ فى حق غيره اى غير
المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذى اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة
هل له ان يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا فى نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدى يتردد فى جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة
للذى اقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع فى زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب
عليه الدفع بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الدائن بقبض ماله عليه فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره اذ الديون
تقضى بامثالها والمثل ملك المقر فانما اقر على نفسه حتى يرجع عليه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم فيؤمر بالدفع ولو قال المودع
لآخر هذا ابنه ايضا وانكر الابن الاول قضى بالمال للاول وحده لانه لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه انقطع يده على المال فيكون
اقرارا على الغير وهو الابن الاول لا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثانى له
مكذب وهو الاول فلا يصح وهل يضمن للابن الثانى شيئا قال فى غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثانى شيئا باقراره لا يصح
له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون اقرار بالبنوة اقرارا بالمال
هو فى الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما ادى للابن الثانى الذى اقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضى وبه
قال الشافعى فى قول واحمد وفى قول لا يضمن لان اقراره للثانى صادفه ملك الغير فلا يلزم منه شئ وقال فى النهاية فان قيل
كان ينبغى ان يضمن المودع للابن الثانى الذى اقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضى المعزول بالوديعة ثم اقر
بتسليم القاضى اليه وقد ذكر فى ادب القاضى من الكتاب انه يضمن للقاضى ثمة قلنا هنا ايضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن
الاول بغير قضاء القاضى نصف ما ادى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف فى اللقطة اذا اقر الملتقط بها لرجل
بل يؤمر بالدفع فيه مذكور فى اللقطة وفى الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت او الغاصب منه لا يؤمر الدفع
هذا كله فى الابن فلو اقر المودع لرجل انه اخ الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره هو عصبة او لمن ادعى وصيه بالف مثلا انه
صادق فالقاضى يتأنى فى ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة



غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفى الوصية هو مقر على الغير لانه اقر انه ليس بخلف من الميت واذا تأتى ان حضر وارث آخر دفع المال
اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله فى الوصية وان لم يحضر وارث آخر اعطى كل مدع ما اقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا
اعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك امانة وان كان غير ثقة تلوم القاضى حتى يظن انه لا وارث للميت او اكبر رأيه ذلك ثم
يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بل يرى القاضى وهذا اشبه بابى حنيفة رح وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف فى الاختلاف
عن الاقضية وعن ابى يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا ادرى امات ام لا لا يدفع
الى احد منهم شيئا لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعى بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من ورث فى الحال دون الحال كالاخ
والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه اخ الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره او ادعى انه ابنه او ابوه او مولاه اعتقه
او كانت امرأة وادعت انها عمة الميت او خالة او بنت اخيه وقال لا وارث له غيرى وادعى آخر انه زوج او زوجة الميت او ان
الميت اوصى له بجميع ماله او ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا ادرى للميت وارث غيرهما اولا لم يكن لمدعى الوصية شئ بهذا الاقرار ويدفع
القاضى الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة والعمة والخالة وبنت الاخ اذا انفرد اما عند الاجتماع ولا يزاحم مدعى
البنوة مدعى الاخوة لكن مدعى هذه الاشياء اذا زاحمه مدعى الزوجية او الوصية بالكل او الثلث مستندا لا باقرار ذى اليد فمدعى الاخوة
والبنوة اولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت او موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية فان قام اخذ بها ويؤخذ
منه الكفيل تقدم ولو اقر ذو اليد ان الميت اقر ان هذه ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او اوصى له بالكل او ثلثه او ان هذه زوجته فالمال
للابن والمولى كما لو عايناه اقر بخلاف النكاح والولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد اقر بسبب منتقض قال واذا قسم الميراث
بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند
ابى حنيفة رح وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له
وارثا غيره لهما ان القاضى ناظر للغيب والظاهر ان فى التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع
بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله وله
رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر حق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن فى يده
او اثبت الدين على العبد حتى بيع فى دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء
بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف
وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله
وهو ظلم اى ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض
قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء او بين الورثة لا يؤخذ منهم كفيل عند ابى حنيفة رح وقال هذا شئ احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم كان
عنى به ابن ابى ليلى فانه كان يفعله بالكوفة وقال لا يأخذ الكفيل اى لا يدفع اليهم حتى يكفلوا والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث
بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا ثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق او قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره
فلا بالاتفاق ولا يتأنى القاضى سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب او لا يحجب ولو قالوا لا وارث غيره فكذلك استحسانا ثم ما ذكر من
الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة فى ادب القاضى للصدر الشهيد
اذا حضر الرجل وادعى دارا فى يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له واقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة

ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليعلم نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر. وهنا ثلاثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني ان يشهدوا وانه ابنه ووارثه ولا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم والثالث ان يشهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ووارثه ولا يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند ابي حنيفة ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين عند ابي يوسف وعند محمد من قربها وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول ابي حنيفة رح مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فاما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صورة ما اذا اقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليق بقول ابي حنيفة وهو ان ينتظر زمانا لغلب على ظنه انه لو كان وارث آخر يظهر وقدره الطحاوي بعام فاذا لم يظهر وارث آخر دفع المال اليه واخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر قبل آخر قيل وهذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة لهما ان القاضي ناظر للغيب اي مأمور بالنظر لهم والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع القاضي الآبق واللقطة الى الذي اثبت عنده انه صاحب واخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه وكذا اذا اعطى امرأة الغائب يعني اذا كانت تستنفق اي تطلب النفقة وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة هو مقر بها وبالزوجية فالقاضي يعطيها من ماله ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان الحق ثابت قطعا اي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما او ظاهرا فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف بالنظر على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده فلا يؤخر الى زمان التكفيل بحق موهوم ارأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلم وصار كمن اثبت الشراء ممن في يده لا يؤخذ كفيل من المشتري بعدما اثبت شراءه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد بالبينة حتى بيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد لان المكفول له مجهول فهو كما لو كفل واحد للغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوجة ثابتة والزوج معلوم فاما الآبق واللقطة ففي اخذ الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة او باقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع مع العلامة واقرار العبد بالاباق لا يقال يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذ للميت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد اثبت وراثته فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكره الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث او غريم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي ان يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فاظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب ان يظهر قيام الشبهة في حق التكفيل عملا بالجهتين اجيب بان العمل بالحجة […] الا بالبينة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد ليتم علمه بقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكد استفادة ظن بغيره اما الكفالة فطلب امر زائد من المستحق فلا يجوز الا بحق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف وقوله ظلم اي قول ابي حنيفة يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض انه قال ان كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول لوجوب الاصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا الى ابي حنيفة ما روي عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره



لكان متناقضا اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد ان ليس كل مجتهد اصاب الحق والا لكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب اي يصيب حكم الله بالاجتهاد فانه تعالى اوجب الاجتهاد على المتأهل له فاذا اجتهد فقد اصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد رح لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد اخطأ السنة قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ قوله واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة الى ان يحضر الغائب ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده قد جحد فاقيمت عليه البينة اخذ منه النصف فوضع على يد امين وان لم يكن جحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن ظهرت خيانته بالجحد فلا يترك في يده لقرب ان يتصرف فيه اما لاعتقاده انها ملكه وان البينة كاذبة او للجناية بخلاف ما لو اقر انها مال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان اولى بحفظها ولابي حنيفة رحمه الله ان القضاء انما يقع للميت مقصودا الا انه بعد ثبوت انه ماله يقضى ديونه ويقسم المال وكونه مختارا للميت ثابت مع جحده فلا ينقض يده كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي بها للميت والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل ان يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والنسيان نادر فلا يوجب اختلاف الحكم لندرته فلو كانت الدعوى في منقول وانكر الباقي بحاله فقد قيل يؤخذ منه النصف بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في يد من ادعاه بما يتصرف فيها ولا لما ذكرنا او خيانة بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا اي ولاجل ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع ابلغ في حفظه من تركه ملك الوصي بيع المنقول دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير يملك بيع المنقول على الكبير الغائب مع ان هؤلاء ليس لهم ولاية في المال وقيل المنقول على الخلاف ايضا فعنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه وقول ابي حنيفة في هذا اظهر فيه قولهما لحاجة المنقول للحفظ والحفظ في الترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه بانكاره لو هلك يجب عليه الضمان ولو اخذ منه ووضع على يد امين لا يضمنه لو هلك لانه غير مضمون عليه وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قوله وانما لا يؤخذ الكفيل على قول ابي حنيفة رح من الذي هي في يده اذا ادعى […] لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها ولأنه ربما لا يجد كفيلا او لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه بتقرير الخصومة ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه

بذلك القضاء الكائن في غيبته لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان او عينا فقد قامت على خصم حاضر ناب الى كل الورثة وهذا منهم وقوله لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة على ما ذكرنا من قريب وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء اي استيفاء نصيبه لانه عامل فيه لنفسه لا للميت فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه لنفسه وصار كما اذا اقامت البينة بدين للميت فانه يقضي بالكل ولا يأخذ الا نصيب نفسه وقوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة لانه ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة اذا كانت التركة كلها في يده اي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات في المواريث ولو مات وترك دارا وثلثة بنين او ابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا واحد اخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما او دعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد ابيكما فاعلم ان الغائبين قبضا ثلثاها شائعا واودعاها عندك وانا اقيم البينة انها داري تقبل وذو اليد خصم لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من ابينا بل ثلثاها لنا لا بالارث يقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتابي قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة فاما اذا اقتسموها واودع ابنان نصيبهما عند الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر اموالهما ان الحاضر خصما فيها بخلاف ما قبل القسمة لانه بقي على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم او غير مقسوم اودعه عنده الغائبان وهو مقر بانها وديعة لهما ميراث من ابيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت في عين هو في يده لا في يد غيره قال الاستروشني فالحاصل ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة واحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة

**ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله**

قوله قال ما في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم واموال



ويمسك قوته فاذا اصاب شيئا تصدق بقدر ما امسك واذا اوجب التصدق بكله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصابا او لا لان المعتبر جنس ما فيه الزكوة دون قدره ولذا قالوا لو نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه ان يتصدق بما يكتسبه بعد الى ان يوفي ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل ماله والقياس ان يلزمه التصدق بالكل مما كان في مسئلة الصداق وبه قال زفر والليث والنخعي والشافعي وقال مالك واحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة حين قال ان من توبتي ان انخلع من مالي يجزئك الثلث لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة وما اوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب بعينه قال تعالى خذ من اموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على ان مقتضى اللفظة انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس من الاموال يصدق انه اخذ من اموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن ان حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه في قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييده ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها واما قوله صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من اجناس المال طاعة وانما يلزم لو تعين بجميع ما تلفظ به وهو منتف للزوم المعصية وحديث ابي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده واما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك ايضا فقلنا لو اوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المنصوص له فيه مع وجود الورثة واما نفاذه في الكل اذا لم يكن له ورثة فلانها انما يوجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحيوة الا لقيام حاجته الناجزة في الحيوة وعدم البداية بنفسه المامور به في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدي الى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سببا للمعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف ولان الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الى آخره يصلح تقرير الابداء المخصص يعني ان العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى يخصصه وهو ان الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج من كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه وهو ايضا من ابداء المخصص وهذا ان افاد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند ابي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة في العشر وروي ذلك عن ابي حنيفة وعند محمد لا لان جهة المؤنة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب في ارض الصبي والوقف ولو كان قال ما املك صدقة قيل يجب الكل حكاه ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وعن نفسه واليه ذهب محمد بن ابراهيم الميداني لان في الفرع لان المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة وهذا يوجب تقييدهم الى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين ان يثبت مثله في قوله لله علي ان اهدي جميع مالي او جميع ملكي الا ان الطحاوي ذكر انه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال ان فعلت كذا فلله علي ان اهدي جميع مالي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت النذر فيجب اهداء ذلك كله الا قدر مؤنته فان استفاد اجزاء اهدى بمثله انتهى نعم لا اشكال في نص اليمين حيث يجب الكل بلا اشكال لان عقد اليمين يمنع النفس عن المذكور ما يكرهه على تقديره فانفتح باب ارادة العموم الا ان هذا ما حل المخصص المعنى الذي عليه المص واما على جعله لزوم المعصية فيجب ان يخص ايضا ان كان تعويلهم ليس عليه وقوله على ما مر يريد لوجه الاستحسان هذا ثم اذا لم يكن له مال الا ما دخل تحت الايجاب يعني مال الزكوة بعد ذلك يمسك منه قوته يتصدق بما سواه واذا استفاد شيئا تصدق بقدر ما امسك ولم يقدر محمد مقدارا في اصل المبسوط لاختلاف الاحوال الناس من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار وقيل المحترف يمسك ليوم لانه يكتسب يوما فيوما وصاحب الغلة وهو من له حانوت

او دورة بحر يمسك شهرا لان يده تقبل اي نفقته بعد شهر وصاحب الضياع سنة لان غلتها تاتي كذلك واما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يوجد راتبهم على ثلثة اقسام كل اربعة اشهر قسط فينبغي ان يمسك الى تمام اربعة اشهر وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

قال ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

قوله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا الخ وهو وصي بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا يصير وكيلا حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز في الوصية ايضا لان الوصية انابة اي استنابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع منه اناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه يفعل كذلك فينزل علم متكلم بمنزلة روايته فربما استشهد ببيت لابي تمام وابي الطيب ووجه الفرق على ظاهر الرواية بين الوصية والتوكيل ان الوصية خلافة في التصرف عن الميت كالوراثة لاضافتها الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدوره الوصاية بخلاف مضافة الى ما بعد الموت فلا يتوقف على العلم كالوراثة ايضا وهو زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كالوراثة لقيام ولاية المنوب عنه ولهذا ينعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فلا يتوقف على العلم وهذا لانه اذا اوقفناه على العلم لا يفوت النظر لقيام ولاية الموكل وقدرته وفي الاول ربما يفوت لعجز الموصي بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا اما اذا ثبتت ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل ان يقول لعبده اذهب الى فلان يبيعك او لامراته اذهبي الى فلان ليطلقك او اذهب بعبدي الى فلان يبيعه منك فذهب واخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احداهما لا يتوقف على العلم وفي اخرى لابد من العلم وذكر في الماذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني اذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فنقول كل من اعلم بالوكالة جاز به تصرفه بشرط كونه مميزا رجلا كان او امراة فاسقا كان او عدلا مسلما كان او ذميا وقال الشافعي واحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد الا انها تتضمن عقدا كغيره من العقود ولانه تسليط على مال الغير قلنا انه اثبات حق هو حق ان يتصرف لا الزام امر فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر انها على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والنفي ويشتري من الكافر اما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل او شاهدان اي مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا او لم يكن لاوجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وروى الحسن عنه انه لابد من عدالة المخبر واحدا كان او اكثر وبه اخذ الفقيه ابو جعفر الهندواني فزعم انه مذهب ابي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب ان لا يعلم حالهما الا ان يعلمهما بالفسق وقيل بل هو



على اطلاقه لان تاثير العدد فوق تاثير العدالة الا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وباثنين فاسقين ينفذ فبطريق اولى يثبت به وهو الصحيح ووجه قوله ان النهي عن الوكالة من المعاملات وبالواحد فيها كفاية ولابي حنيفة رحمه الله انه خبر ملزم اي من كل وجه فانه يمنع الوكيل بالتصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح ان يا مر بالملزوم من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هذا الالزام كذلك كان الزاما فيه قصور ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الالزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد او العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه اذا لم يكن فيه الزام اصلا لم يلزم احد شطري الشهادة بخلاف رسول الموكل لان عبارته بعبارة المرسل للحاجة الى الارسال فلم يلزم فيه احد شطري الشهادة ايضا لانه صار كانه حضره وشافهه بذلك واجمعوا على ان المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا

قوله وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده الخ هذه ستة مسائل ذكر محمد منها اربعة في الاصل واثنان في النوادر والسادسة فاسقطها مشائخنا على هذه اما الثلاث فاحدها عزل الوكيل والثانية العبد الماذون اذا اخبره واحد بالحجر ان كان رسولا بحجر فاسقا كان او عدلا او ان كان فضوليا يشترط احد شطري الشهادة فيحجر صدقه العبد او كذبه وان كان فاسقا ان صدقه انحجر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد اذا اجنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه او باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان اخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع او اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند ابي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها واما الثانية في النوادر فاحداهما الحربي اذا اسلم في دار الحرب فاخبره انسان بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها يلزمه قضاؤه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك او كذبه فعلى الخلاف قال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي انه يلزمه القضاء هنا اتفاقا لان المخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية الشفيع اذا اخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان اخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهي على الخلاف فاذا سكت لا تبطل شفعته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استيذان فاخبرت فسكتت فهو على ما ذكرناه من الوجوه قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان للعاقد عاملا له

قوله واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اي لاجلهم ليوفي ديونهم التي على الميت واخذ المال اي الثمن فضاع عنده ثم استحق العبد او مات قبل قبض المشتري لم يضمن القاضي ولا امينه للمشتري شيئا لان امين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن تقلد هذه الامانة واذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء يرجع بالثمن على الغرماء او الغريم لان البيع واقع لهم والتصرف لاجلهم فترجع العهدة عليهم وصار كما اذا كان العاقد محجورا عليه عبدا او صبيا بعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الاهلية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد يتعلق باقرب الناس

الى العقد واقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا يرى ان القاضى لا يامر الوصى او امينه بالبيع حتى يطلب الغريم فكذا يرجع المشترى بالثمن عليه عند الاستحقاق لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى اياه عنه ولو كان البائع الوصى يرجع المشترى عليه بالثمن ثم الوصى يرجع على الغريم وكذا لو باع الوصى العبد لنفقة الوارث فان المشترى يرجع على الوصى والوصى يرجع على الوارث بما قلنا ان البيع لاجله وهو الذى ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضى عنه من يقضى دينه فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشترى قال المصنف رح قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التى غرمها ايضا يريد بالمائة ما ضمن للمشترى فرضها مائة لانه لحقه ذلك فى امر الميت فينبغى ان يكون هذا بالاتفاق اعنى جواز ان يقال واما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال شمس الائمة السرخسى لا ياخذ فى الصحيح من الجواز لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره وفى الكافى الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت

## فصل آخر

لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى اصل واحد وهو ان قول القاضى بانفراده بل يقبل هو ولى ومعرفه الا آخره واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة فى زماننا الا فى كتاب القاضى للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولى الامر واجبة وفى تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور رح ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قوله واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم الخ بمجرد اخباره بذا وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا ياخذ بقوله حتى يعاين الحجة التى عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه ابو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن انه قال لا يسعه ذلك مالم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا وقالوا او يشهد مع القاضى شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد ان القاضى يشهد وليس معناه الا ان يشهد القاضى والعدل على شهادة الذين شهدوا بالسبب الحد لا على حكم القاضى والا كان القاضى شاهدا على حكم نفسه وليس هنا من يشهد ان عنده الا المامور باقامة الحد وهذا بعيد فى العادة اعنى ان يشهد القاضى عند الجلاد بانه شهد على فلان فلان فيؤدى الآخر عنده ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المامور وهذا لان الغلط والخطاء فى الحكم محتمل لان القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليهم السلام وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى لان الاعتماد فيه على خبر القاضى الكاتب بمفرده واستحسن المشايخ هذه الرواية فى هذا الزمان لفساد حال اكثر القضاة الا فى كتاب القاضى الى القاضى لان ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل فى التوقف لا اطلاقه فقال الامام ابو منصور رح ان كان القاضى عادلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة فى الدين بالعدالة والخطاء فى الحكم بالعلم وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن فى بيان سبب حكمه وشروطه وجب تصديقه للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما او جاهلا فان يحقق مانع من الركوب لاخباره بالاستفسار وحكمه يقصد التهمة فلا يوخذ بقوله ولا بتفسيره وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فى الحال فيقبل لخلوه عن التهمة لان التهمة انما تتحقق فى اخباره بامر لا يمكن انشاؤه فى الحال فيحتمل عدم المطابقة اما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه فى الحال فيجعل كانه انشأه فى الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى ان الذى يملك انشاؤه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم ان لم يعاين الشهادة وشروطها وكذا ما قال محمد الا يسعه



ذلك مالم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم او يشهد مع القاضى عدل على ذلك احتاجوا ان يزيدوا وجها آخر وهو ان العادة ان ينصب فى كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضى بانفراده حجة فى الالزام يقلد فى كل بلدة قاضيان وانت سمعت ما قدمناه فى تلك الزيادة وعلمت ان الاحتمال المذكور لا يندفع الا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند المامور الا ان يحضر ويعرف السبب او يشهد عنده عدلان انه شهد عند القاضى الامام فلان وفلان على الوجه الفلانى ويشهد بتوافر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاء بل على وجود الشهود وقضاة كانوا او لا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة قال واذا عزل القاضى فقال رجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قد قضيت بها له عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضى وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك فى حق هذا اذا كان الذى قطعت يده والذى اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضى لا يقضى بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضى ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضى لا يضمن ايضا لانه فعله فى حال القضاء ودفع القاضى صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او الماخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضى ايضا وهو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا قوله واذا عزل القاضى فقال رجل الخ صورتها عزل القاضى فادعى عليه رجل انه اخذ منه الفا بغير حق او قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها اليه وقضيت بقطعك فى حق فالقول قول القاضى ولم يحك فى هذا جريان تلك الرواية عن محمد لان هذا فى امر فات فلا بد ان يكون القول للقاضى والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات فى الانفس والاموال لا تحصى فلا بد من كون القول له فى هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا نعم لكون القول له على الاتفاق مقيدا بما اذا كان المدعى مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض لانهما لما توافقا على ذلك صار كان هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله فى ذلك لما قلنا ولان الظاهر انه لا يقضى بالجور ثم لا يمين على المعزول لانه ثبت فعله فى حال قضائه بالتصادق ولو ادعى عليه فى حال قضائه بذلك لا يمين عليه فكذا بعده ولو اقر القاطع المامور والآخذ للمال بامر القاضى وهو ان القطع منه والاخذ كان بقضاء الآخذ وامره بالدفع لا يضمن ايضا كالقاضى لانه اقر انه فعله فى حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضى المال الى الآخذ معاينا لا الماخوذ منه فى حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع انه قطعه فى حال قضائه كالمعاين للحاكم الذى رفع اليه المقطوع واقعة فاما لو زعم المقطوع والماخوذ ماله انه فعله قبل التقليد او بعده والقاضى يقول بل فعلته فى حال قضائى ففيه خلاف والصحيح ان القول ايضا للقاضى لانه اى القاضى اضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك فى حال صحة عقلك وقال بل وانا مجنون وكان جنونه معهودا فان القول له وكما لو قال اقررت لك وانا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم انه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الائمة فى شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعى لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهذا فى نحو ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا فرضه شمس الائمة فانه قال فاما اذا زعم اى المدعى انه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا ببينة فالصحيح يخص ما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل لكنه ذكر فى تعليله ثم لكون القول القاضى فانه قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت فى الحالة الماضية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفى الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعى سقوطه بخلاف الاول حيث تصادقا انه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكره ولكن المذكور فى عامة نسخ شروح الجامع الصغير

ان القول للقاضي وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل
بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه اخبر عن امر
لا يملك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وانا عبد وقال المقر له بل وانت حر فالقول للعبد لانه ضمان
وكذا اذا قال اخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول
للعبد ويأخذه من المولى لانه اقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التمليك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه انفق عليه
كذا وهو في يده وادعى اليتيم انه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن اعتق جارية ثم قال
لها قطعت يدك وانت امتي فقالت بل وانا حرة فالقول لها وكذا كل ما اخذ منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة
المعهودة المنافية ولو قلت اقر هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرؤه فلا يسمع فهنا ايضا اقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر
له بشيء ثم ادعى ما يبرؤه هذا باب العقل وكذا القاضي اقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرؤه بالاسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بان المولى
اقر باخذ مال الغير وادعى جهة التمليك لنفسه فيصدق في الاقرار لا من جهة التملك كما لو قال اخذت منك الفا هي ديني عليك او الهبة ابه
وهبتها وانكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال اكلت طعامك باذنك وقال بغير اذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل
والوصي لانهم ما ادعوا جهة التمليك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التمليك لانفسهم لما هو ملك لغير وكان القول لهم في ضمانهم
الى الحالة المعهودة المنافية ولو اقر القاطع او الآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي لا يضمنان لانهما اقرا السبب
الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه
ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق
القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى
تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة قوله ولو اقر القاطع او الآخذ هذا الفصل وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل
ذلك قبل التقليد او بعد العزل فاقر القاطع والقابض اني فعلت ذلك بامر القاضي وهو على قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل
قبله او بعده يضمنان ولا يضمن القاضي لانهما اقرا بسبب الضمان وهو مباشرتهما الاخذ والقطع وقبول قول القاضي في ذلك لدفع الضمان
عن نفسه لسبب يخصه وهو كيلا يمتنع الناس عن قبوله فيضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك
السبب وقوله ولو كان المال في يد الآخذ قائما وهذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر فانه لازم كون القول
للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصادق على ان الفعل كان في حالة القضاء انه لا رجوع بالمال للمأخوذ للمأخوذ منه مطلقا لانه قد حكم
بنفاذ قوله فافاد ان ذلك اعني عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا اما اذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق القاضي في اخذه في حال قضائه
او كذبه وقال بل قبل التقليد او بعد العزل علله محمد رحمه الله في الزيادات فقال لان الشيء قائم بعينه فلا يصدق انه اخذه على وجه الحكم قالوا معناه ان القاضي
لما اقر بالاخذ يصير شاهدا لغيره بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادة الملك لغيره باطلة ولان القابض اقر بسبب الضمان حيث اقر ان اليد كانت
للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه بالتملك عليه الا ببينة وقول المعزول ليس ببينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان والله اعلم

## كتاب الشهادة

يتبادر ان تقديمها على القضاء اولى لان القضاء موقوف عليها اذ كان يثبت الحق بها الا انه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة



تقديمه لانه هو على ... والشهادة ... قال ط وفي عرف اهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء
فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي
الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ
والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين اصل الشهادة
في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظائره في الكتاب والسنة كثير وسببية الطلب ثبتت لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية
خوف الفوت بالمعنى وهو ان سببية الطلب ما ثبتت وكيلا يفوت الحق قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها
اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه
وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق قوله والشهادة فرض يعني اداؤها بعد التحمل فانها تقال
على التحمل كما يقال الاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم ... للاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف اهل المتكلم
وافتراض الاداء الا في الحدود ومجمع عليه قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا يحتمل ان يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي
اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي للكراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه ورجحها خلاف الاول
لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه اولى ويحتمل ان يراد نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة
فيكون نهيا من المتصف بالشهادة حقيقة عن الاباء اذا ادعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو
الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل ان يذهب
اذا ادعي الى الحاكم للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء
فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان الا به ثم اكد سبحانه التحريم المفاد بالنهي بقوله تعالى ومن
يكتمها فانه آثم قلبه وهو تاكيد في تاكيد لان قوله تعالى فانه آثم تاكيد واضافة الاثم الى القلب الذي هو اشرف اعضاء البدن
ورئيسها تاكيد في تاكيد ولانه هو محل الكتمان فهو محل معصيته بتمامها هنا بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها
وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريبا فان كان
بعيدا عن مسيرا ان كان بحال يمكنه الرجوع الى اهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فاركبه الطالب
لا باس به وعن ابي سليمان فيمن اخرج الشهود الى ضيعة فاستاجر لهم حميرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام
الشهود وهو مامور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستاجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك
فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاما فاكلوا ان كان مهيأ من قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما وعن ابي يوسف
رحمه الله تقبل فيهما وهو الاوجه للعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن نزل عليه شاهدا او لا ويؤنسه ما تقدم من ان الاهداء اذا كان
بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعند الفقيه ابي بكر تعين لا يعرفه القاضي
ان علم ان القاضي لا يقبله او جوان يسعه ان لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه ان يمتنع وان لم يكن او كان
لكن قبولها مع شهادته اسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فاخر بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن ان تاخيره لعذر
ويمكن انه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه ان يقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر او غيره والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد

بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر قوله والشهادة في الحدود اي الاداء في الحدود يخير فيها بين الاداء والترك لان النهي في القرآن وان كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر فمن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف والمعروف في الحديث ان هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك في الموطا عن يحيى بن سعيد بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من اسلم يقال له هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك والمراد بمرجع الضمير في قوله سترته ماعز وروى ابو داود عن يزيد بن نعيم عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك وان هزالا كان هو الذي اشار على ماعز ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا لان ماعزا رجم انما هو بالاقرار واخرج ابو داود عن ابن المنكدر ان هزالا امر ماعزا ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه الحاكم وزاد وقال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدي وقال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد في الطبقات وفيه قال في هزال بئس ما صنعت لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله لم ادر ان في الامر سعة وسنة قوله صلى الله عليه وسلم في رواية ابي هريرة من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه البخاري ومسلم وتلقين الدرء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تلقين ما يحصل به الدرء ولانه ظاهر في قصده على الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة قال اتى السارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى ابو داود انه صلى الله عليه وسلم اتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى فاعاد مرتين وثلثا فامر به فقطع الحديث وروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا الحديث قدمناه في الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص عام الكتاب بهذه وهي اخبار احاد وايضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن اين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغا لا ينحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها او هي مستند الاجماع على تخيير الشاهد في الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص واما المقارنة فانما هي شرط التخصيص في نفس الامر وهذا التخصيص الذي ادعيناه ههنا ليس بذاك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض في كتاب تحرير الاصول من ان الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بان يحمل على تخصيصه فاذا وجب الجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بانه كان مقارنا او انها ليست تخصيصات اول كما انا اذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت ضمنها تضمن حكمنا بان المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يتعرض بعض متاخري الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من اصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم في تلك الاماكن ما ذكرنا هذا كله اذا نظرنا الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة في الدين المذكور الاول اي قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا ياب الشهداء يعني بذلك الدين فظاهر الا انه

**يجب له ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء**

حقه قوله الا انه يجب ان يشهد بالمال استدراك من قوله مخير في الحدود بانه يقتضي ان لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر انه يشهد فيها مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب ان يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول اخذ المال ولا يقول سرق



فان الاخذ اعم من كونه غصبا او على ادعاء انه ملكه مودعا عند الغاصب الماخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحق بها مع ان فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان استهلكه قال والشهادة

**على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن**

قوله والشهادة على مراتب اربعة منها الشهادة في الزنا والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواها من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء اما على الزنا فيعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وروى ابن ابي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده ان لا يجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص اوجب اربعة رجال لقوله تعالى اربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة يخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وبين هذه فتقدم هذه لانها مانعة وتلك مبيحة وايضا هذه تقييد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا قال لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهرة ان لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند اهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود تقبل فيه شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان او رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا او لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن وبشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطاء وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبل نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق

عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وكقول الشافعيؒ قال مالك وعن احمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهم ولقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع اسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا العادة ان يوسع فيما كثر وجوده بخلاف النكاح فانه مع كونه اعظم خطرا اقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط ولذا قال تعالى في الرجعة واشهدوا ذوى عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المص ولنا ان الاصل فيها القبول فابتدأ بتضمين منع مقدمة القائلة الاصل عدم القبول ثم ثبت هذه بوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط اهلية الاداء لا اهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان اهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في هذا كالرجال يعني اهلية التحمل بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لاحاديث الاحكام الملزمة للامة فعن هذا قد يقال والله اعلم ان جعل الشارع الثنتين في مقام رجل لا لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار حط درجتهن عن الرجال ليس غيره ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن اكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن اكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الامرين في جنس النساء سلمنا انه لنقصان الضبط بزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض افرادهن اضبط من افراد الرجال لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى لكن ذلك الجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق الا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات واما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس كي لا يكثر خروجهن

قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعيؒ في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة

قوله وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة حرة والثنتان احوط وبه قال احمد وشرط الشافعي اربعا ومالك ثنتين له ان كل ثنتين تقوم مقام رجل ولمالك ان المعتبر في الشهادة امران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فيبقى العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في اول باب شهادات النساء من الاصل عن ابي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعطاء بن ابي رباح وطاؤس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على ان اللام لما لم يمكن اعتبارها في العهد اذ لا عهد في مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فيصح بواحدة والاكثر احسن فقلنا لذلك وروى عبد الرزاق انبأنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكر المص ورواه ابن ابي شيبة وروى عبد الرزاق ايضا اخبرنا ابو بكر بن سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع عن حكيم عن ابن عمر



قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء وله مخارج اخرى قال المص ثم حكمها في الولادة شرحناه في الكتاب الطلاق اي في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظري اليه تقبل ان كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض اصحاب الشافعية وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر تقبل ايضا وبه قال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله واما حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وانكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها تأيدت بمؤيد وهي موافقة الاصل اذ البكارة اصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريها النساء فان قلن بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل فان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن تثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم المبيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت اليه وان حلف لزم المشتري واما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلوة عليه بالاتفاق واما في حق الارث فعندهما كذلك وعند ابي حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء كان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلعون عليه وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي ومالك واحمد وهو ارجح

قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والمرضى من الشاهد هو العدل ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام

قوله ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل وثالث وهو التفسير حتى لو قال اشهد على شهادته او مثل شهادته لا تقبل وكذا اشهد مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء ولان العدالة هي المعينة لجهة الصدق وان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر ايضا قد يكون عدلا فالجواب انه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض او يترجح اخبار المدعي بالشهادة وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس كما شرى السلطان والمكسة وغيرهم تقبل شهادته لانه لا يستأجر بشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل الا ان القاضي ان قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا ويكون القاضي عاصيا واما اشتراط لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها اي في النصوص بهذه اللفظة قال تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم واقيموا الشهادة لله وقال عم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد

وحاصل هذا ان النصوص وردت بلفظة الشهادة فان قيل غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة
كما قال تعالى وربك فكبر فلم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط كذلك لفظ
التكبير عند ابي حنيفة فما بال لزم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو ان لفظة الشهادة اقوى في افادة تاكيد متعلقها من غيرها من الالفاظ
كاعلم واتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من الفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب
اظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلوة والسلام اذا رايت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك
لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه تكبير للتعظيم وليس لفظ اكبر ابلغ من اجل واعظم فكانت الالفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين
لفظة اكبر وقوله في ذلك كله اي في المراتب الاربعة كلها تشترط العدالة ولفظ الشهادة في الشهادة النساء وغيرها وقوله هو الصحيح احتراز عما
قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة الا انها خبر كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس منهم مشائخ
المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم لما ذكرنا من النصوص مع وجه افادة اشتراطها بخلاف رمضان فان اللازم فيه ليس الشهادة
بل الاخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات لو اخبر عدل للقاضي بمجيء رمضان تقبل ويامر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم
ولا يشترط لفظة الشهادة وشرائط القضاء واما في العيد فيشترط لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا الى الحيلة
في اثبات الرمضانية قالوا ان يدعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر بالدين وينكر دخول رمضان
فيشهد الشهود بذلك يقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان اي اثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم واتفق الكل على اشتراط الحرية
والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة على المسلم والا فالذمي يجوز ان يشهد على مثله عندنا قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم
على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن حال الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على
بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا
وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها
ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسال عنهم في السر والعلانية لانه تقابل الظاهران فيسال طلبا للترجيح
وقال ابو يوسف ومحمد لابد ان يسال عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبناه على الحجة وهي
شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى
على قولهما في هذا الزمان قوله قال ابو حنيفة يعني لما اتفق الائمة الاربعة على وجوب العدالة قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على
عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده ومثل ذلك عن عمر عنه قال في كتابه الذي كتبه لابي موسى الاشعري وقد منا بعضه وفيه المسلمون عدول بعضهم على
بعض الا مجلودا في حد او مجربا عليه شهادة زور او ظنينا في ولاء او قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن ابي حميد
وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنه اخرجه البيهقي من طريق غير الطريقين جيدة فاذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها
اذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم يزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف
يسالون قيل واول من سال ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فتسال على ما عرف
احتيالا للدرء اذ ربما يعجز عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب وان الظاهر انما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق



واجيب بان الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يكن الوصول الى القطع ولا بالتزكية والحق ان الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي
لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب واما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسال فقال ابو يوسف ومحمد لابد ان يسال عنهم طعن الخصم او لم يطعن
في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسال عنه ومن عرف جرحه ردت شهادته
وانما تسال اذا شك انما قلنا لابد من السؤال مطلقا لان القضاء يبتني على الحجة وهي شهادة العدول فلابد ان يثبت عنده العدالة
وذلك بذلك ولا يخفى قوة دليل ابي حنيفة على ذلك وكونه لابد ان يثبت العدالة لم يخالف فيه ابو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت
هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما رويناه عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما
لاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لان الغالب في زمان ابي حنيفة الصلاح
بخلاف زمانهما وما قيل انه افتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني
ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما افتيا في القرن الرابع ففيه نظر فان ابا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف افتى في القرن الثالث وقوله
خير القرون اي آخره اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم ان يكون في الزمان المتاخر غلبة الفسق والظاهر الذي
يثبت بالغالب اقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه انه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بان اكثر من التزم
الاسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض فرع لو تاب الفاسق
لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة اشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة ثم التزكية في السر ان
يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع
او يقصد وفي العلانية لابد ان يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في
الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل
لابد ان يقول العدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار
وهذا اصح قال وفي قول من راى ان يسال عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن
ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في
زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم
عدول الا انهم اخطؤا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قوله ثم التزكية في السر ان يبعث
المستورة وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي اسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى اي مسجد محلتهم وينبغي ان يختار للمسئلة صالحا
زاهدا كيلا يخدع بالمال مامونا اعظم من يعرفه في هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو يسال عنهم اهل محلة وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكي
صاحب خبرة بالناس مخالطا لهم لا منزويا عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالمخالطة والمداخلة فان لم يجد الا اهل مجلسه يسالهم فان وجدهم
غير ثقات يعتبر تواتر الاخبار عن ابن سماعة عن ابي حنيفة يجوز في تزكية السر المراة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العلانية
الا من يجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظة الشهادة فقط لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هو لا يقبل خبره
في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل رواية الاخبار فاذا قال المسؤل عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة
والا يكتب هو غير عدل وفي فتاوى قاضي خان فان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك
او يقول والله اعلم الا اذا خاف ان يقضي القاضي بشهادته فيصرح ح بذلك ومن لا يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب مستور ثم

بر والمسطورة مع امين القاضي اليه كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع المزكي او يقصد بالاذى واما العلانية فلا بد ان يجمع بين الشاهد والعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤل عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصنعة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فتوجب الفتنة وقد روي عن محمد انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من اهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا اصح لما ذكرنا من ان الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفي به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال ابو حنيفة تفريعا على قول من رأى انه يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لان العدالة تشترط في المزكي في الاجماع وعن ابي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد يضم تزكيته الى تزكية آخر لان العدد عند محمد في المزكي يشترط وموضوع المسئلة ان يقول هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما لو قال صدقوا او هم عدول او معنى هذا وقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعى عليه اشهدوا عليك بحق ام بباطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضي بشيء فرع اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وابو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة اشهر قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله قوله واذا كان رسول القاضي الذي والمراد من رسول القاضي المزكي وهو المسؤل عنه عن الشهود فيجب ان يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكفي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي واحمد في رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة وكذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود وكما اشترطت في الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك المتوقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة التي بها ثبوت الحق يكون مثلها والا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرطا لا علة ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطه في التزكية على ان التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة امر حكمي في الشهادة يعني تعبدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا اذ في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا للعلم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها اي لا يتعدى الشهادة



الى التزكية فهذا الخلاف في تزكية السر اما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع ان الوجه المذكور يجري فيه وقد بينا انه زيادة شبهة لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط اربعة من المزكين في شهود الزنا والله اعلم

فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قوله وما يتحمله الشاهد على قسمين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم او فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول سمع قاضيا يشهد جماعة على حكمه او رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه ان يشهد بذلك فيقول اشهد انه باع اشهد انه قضى فلو كان البيع بيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كالمتولي ولا يقول اشهدني لانه كذب انما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو اي علم الموجب وهو ركن المسوغ الاداء الشهادة لانه الحقيقة لمسوغ الاداء سواء ذكره في اطلاق يعني مطلق الاداء ثم استدل على تسويغ الشرع للاداء في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فافاد ان من شهد عالما بالحق كان ممدوحا فلزم ان ذلك مطلق شرعا والا لم يكن ممدوحا وقال عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد فامر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صح جوابا انه لو قال له لا تشهد على ما سمعته مني ثم قال بحضرة رجل لفلان على كذا وغير ذلك حل له بل يجب ان يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبت فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فانكر فالذي سمعوا منه حل لهم ان يشهدوا على العيب في الحلال والحديث رواه الحاكم في المستدرك وفي المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد او دع صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم ان النسائي ضعفه ووثقه ابن عدي وسوق العبارة المذكورة يشير الى انه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كيف لا يسعه من وراء الا يجوز له ان يشهد ولو شهد وفسره القاضي بان قال سمعته باع ولم ار شخصه حين تكلم لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا احاط بعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير ان رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بان يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم انه ليس به احد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه فسمع الاقرار والبيع فانه ح يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه ما في الاقضية ادعى على ورثته مالا فقال لا اشهد ان فلانا المتوفى قبض من المدعي صرة فيها دراهم وزنها ان فيها قدرها وانها دراهم وان كلها جياد مما يقع عليه يقينها بذلك فاذا شهد به جاز وفي الفتاوى اذا اقرت امراة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فح يجوز احيل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها لهذا الشهادة على امراة سئل ابن محمد بن الحسن ابا سليمان عنها قال

لايجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة اما عند ابى يوسف وعند ابيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف المشائخ
فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهرزاده وفى النوازل قال يشترط رؤية وجهها وشخصها وفى الجامع الاصغر رؤية وجهها وانت تعلم انه
لابد من معرفة تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت ان التعريف يفيد التمييز لزم ان لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام
خواهرزاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد يجرى الخلاف المذكور انه يكفى فى العرف عدلان او لابد من جماعة ويوافقه ما فى المنتقى
تحمل الشهادة على امراة فماتت وشهد عنده ان المقرة فلانة جاز له ان يشهد عليها نقله فى الخلاصة وفى المحيط شهدا على امراة سمياها ونسباها
وكانت حاضرة فقال القاضى اتعرفانها قالا لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندرى انها هذه ام
لا صحت الشهادة وكلف المدعى ان ياتى باخرين يشهدان انها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانهما هناك اقرا بالجهالة فبطلت
الشهادة وهذا ونحوه يفيد ما قلنا ومنه ما لا يفيد يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهد الشهود بشئ لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان
يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد
شاهدا على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره وهذا الاطلاق يقتضى انه لو سمعه يشهد فى مجلس القاضى حل له ان يشهد
على شهادته لا لحاح ملازمة فروع كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كنت تقاضانى الالف التى لك على وكنت قضيتك
منها خمسمائة وبقى على خمسمائة او كتب الى زوجته قد بلغنى كتابك تسالنى الطلاق فانت طالق طلقت ساعة كتب وينبغى لمن علم ذلك ان
يشهد بالمال والطلاق وهى شهادة حق بخلاف ما لو كتبت صك وصية وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقراه عليهم بدل علماؤنا لا يجوز
لهم ان يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم ان يشهدوا بما فيه اذا قراه عليهم او اراده كتب وهم يقرونه او كتبه غيره ثم قراه
عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا على بما فيه ولو قراه عليه فقال للشاهد ان يشهد عليك بما فيه فحرك راسه بنعم بلا نطق فهو باطل الا فى الاخرس
ومثله ما اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال هذه وصيتى وختمى فاشهدوا على بما فيه لا يجوز ان يشهدوا بما فيه وعن ابى يوسف اذا كتب بحضرة
الشهود داوودعه الشاهد فلم يعرف الشاهد ما فيه وامره ان يشهد بما فيه وسعه ان يشهد لانه اذا كان فى يده كان معصوما من التبديل واعلم انه
يجوز لهم ان يشهدوا فى المسئلة السابقة بما اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنوان كما هو العادة فى الكتابة
الى الغائب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لم ارد الاقرار والطلاق لا يدينه القاضى ويدين فيما بينه وبين الله تعالى اما لو رآه
كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل ان يشهد بالدين بجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار
والصراف لانه حجة للعرف الجارى به على ما ياتى ان شاء الله تعالى فى كتاب الاقرار قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد
الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابى حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا
بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضى شهادة فى ديوانه او قصته لان ما يكون فى قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه
من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة فى الصك لانه فى يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذى كان فيه
الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قوله ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر شهادته التى صدرت
فيه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدورى ولم
يذكر خلافا فهو ولا فى شرح الاقطع وكذا الخصاف ذكرها فى ادب القاضى له ولم يحك خلافا ولما حكى الخلاف الفقيه ابو الليث وغيره
كشمس الائمة قال المصنف قيل هذا على قول ابى حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعنى عدم جواز الشهادة اذا راى
ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضى شهادة فى ديوانه يعنى راى فى ديوانه شهادة شهود اديت عنده ولم يتصل بها حكم



ثم جاء المشهود له وطلب الحكم القاضى والقاضى لا يتذكر انه شهد عنده بذلك لم يجز له ان الحكم عنده وبه قال الشافعى ورواية عن احمد وعند ابى يوسف
ومحمد يحل اذا وجده فى قمطره تحت خاتمه يجوز ان يقضى به وبه قال مالك واحمد فى رواية وكذا اذا راى قضية اى رأى حكمه مكتوبا فى خريطة وهى
القمطرة ولم يتذكر انه حكم فهو على هذا الخلاف فظاهر ان المصنف حكى الخلاف فيهما واحدا منه وبينهما وشمس الائمة فى ادب القاضى من المبسوط حكى الخلاف
كذلك فى واحد ان صحيفة الحكم واما فى شهادة الشاهد يجدها فى صك وعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة وفى الحديث يجده مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا
بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلاثا بوجدان القاضى الشهادة عنده او حكمه ووجدان الشاهد
خطه والراوى فى الحديث قال محمد اخذ فى الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال يعتمد الخط اذا كان معروفا وابو يوسف فى مسئلة القضاء
والرواية اخذ بالرخصة لان المكتوب كان فى يده او يد امينه وفى مسئلة الشهادة اخذ بالعزيمة لانه كان فى يد الخصم فلا يامن الشاهد التغيير
فلا يعتمد خطه وحاصل وجه غير ابى حنيفة فى صورة خلافهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة فى ذلك
بل صح ان تكون فائدته ان يتذكر برؤيته عند النسيان الا انى ارى انه اذا كان محفوظا مامونا عليه من التغيير كان يكون تحت ختمه فى خريطة
المحفوظة عنده ان يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيرا اتحاد خطوطهم حتى انى رأيت ببلدة الاسكندرية
خط رجل من اهل العلم يعرف بالقاضى بدر الدين الدمامينى رحمه الله كان فقيها مالكيا شاعرا اديبا فصيحا وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطين
لا يفرق الانسان بين خطيهما اصلا ودماميين بالنون بلدة بالصعيد ولقد اخبرنى من اثق بصلاحه وخيره انه شاهد رجلا كان معيدا فى الصلاحية
بالقدس الشريف وضع راسم شهادته فى صك فاخذ من صاحبه عدوانا فكتب رجل مثله ثم عرض على ذلك الكاتب فلم يشك انه خطه وهذا
قول ابى يوسف ويقتضى انه لو كان الصك فى يد الشاهد تركه الطالب فى يده من كتبه جاز ان يشهد اذا عرف خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا اجاب
محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسى شهادته ووجد خطه وعرفه بل يسعه ان يشهد قال اذا كان الخط فى حرزه يسعه ان يشهد
وقال فى المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا نعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضى ان ينفذ شيئا من ذلك
فان انفذه قاض غيره ثم اختصموا اليه انفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد انه لو ذكر للقاضى انى اشهد من غير تذكر للحادثة بل
لمعرفة خطى لا يقبل فانه لم يحك خلافا فلو نسى قضاءه ولا حجة عنده فشهد عنده شاهدان انك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر
فلا اشكال عند ابى حنيفة لا يقضيه بذلك لابى يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضى به وهو قول احمد وابن ابى ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا
ثم نسى الاصل روايته للفرع ثم سمع الفرع بروايته عند ابى حنيفة وابى يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل الست التى رواها محمد
عن ابى يوسف عن ابى حنيفة ونسيها ابو يوسف وهى ست فكان ابو يوسف لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايتها عنه
كذا قالوا والله اعلم ان فى تخريج المسائل الست اشكالا لان المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل ان ابا يوسف انكر وقال ما رويت لك
عن ابى حنيفة ذلك على ما صرح به فى الهداية فيما اذا صلى اربعا وترك القراءة فى احدى الاوليين واحدى الاخريين انه يلزمه قضاء اربع
فقال ابو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل
رواية الفرع عنه كما يعرف فى الاصول ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والاصوليين ان رواية الفرع ترد فى ذلك بخلاف ما اذا
نسى الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغى اعتبار قول محمد نعم اذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على اصول ابى حنيفة رح يمكن قال ولا يجوز
للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره
بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع
وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون

فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكره فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح قوله ولا

يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه اي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين او السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الامور اذا اخبره بها من يثق به من رجلين عدلين او رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق او بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل او واحدة عدلة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قل ما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يهابه ويكره فاذا رآه واحد عدل ويعلم ان القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل اخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد ان يذكر ذلك المخبر انه شهد موته او جنازته او دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع اهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد ان يشهد بموته الا ان يشهد موته او يسمع ممن شهد ذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء بالعدلين نقل عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة لا يشهد حتى يسمع عن جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة ويتتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة وابو بكر الاسكاف كان يفتي بقولهما وهو اختيار النسفي وفي النكاح لم يشترط المعـ مع رؤية دخوله لي آخره ان يسمع من الناس انها زوجته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق ثم قول احمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعي ورواية عن مالك والمعلم لم يحك خلافا بل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحد بعد اشتراكهما في الحروف الاصول والمشاهدة منتفية يعني القطع فلا يجوز كما في البيع وغيره كما لو سمع بالاستفاضة انه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره ووجه الاستحسان ان العادة جارية بذلك وذلك بسبب انه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وانما يرون الولائم اما او صنعة وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضر غالبا الا الاقارب فاذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بالعلامات فان الوطء لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة ان علم هذه الاشياء غالبا لا يحصل الا لبعض افراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والا تعطلت حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت ويترتب عليها امور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر في الدخول والحاسم لمادة الشغب الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة رضي الله عنها بنت ابي بكر رضي الله عنه وانها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وان عليا رضي الله عنه ابن ابي طالب وعمر بن الخطاب وان شريحا كان قاضيا وان ابا بكر وعمر وعثمان وعليا رضي الله عنهم ماتوا وان لم تعاين شيئا من ذلك وحكى في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو اراد ان يثبت الدخول تثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على انه يجوز بالتسامع لانه امر يشتهر بخلاف الزنا فاحشة تستر وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا وكذا لو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن





فلان لو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة حتى يشهد انه ابنه او اميرا او قاضيا اما اذا فسر للقاضي انه شهد عن تسامع بين الناس لم يقبل شهادته كما انه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل ولو فسر فقال لانني رأيتها في يده في وقت من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا اخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاف في فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسألهما هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كانهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا فلو شهدا انها وقفا او قالا شهدنا جنازته تقبل ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحيوة يأخذ امرأته فشهادة الموت لانها تثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه وفي الخلاصة لو اخبرها واحد بموته واثنان بحيوته ان كان المخبر بالموت عدلا وشهد انه عاين موته او جنازته وسعها ان تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا وتاريخ شاهد الحيوة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهد الحيوة اولى وكذا بالقتل انتهى واطلق في وصايا عصام الدين فقال شهدا ان زوجها مات او قتل وآخران على الحيوة فالموت اولى وفي فتاوى الفضلي شهد عندها عدل ان زوجها مات او قتل او ارتد والعياذ بالله حل لها ان تتزوج فيه روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز ومن فروع التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم اخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط التصديق بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يقال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حل اقدامها وعدمه وهذا بعد ان تزوجت وتحققها الزوج الثاني ظاهر والشئ بالشئ يذكر اذا اخبرها واحد عدل او شهد عند وليها بان زوجها طلقها او مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها ان تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما او من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رح آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رح انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب اي استثناء القدوري حيث قال الا في النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن ابي يوسف رح تجوز في الولاء بالتسامع رجع اليه وكان اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد لا يجوز الا ان يسمعها المعتق ثم رجع الى انه يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب يجوز في التسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبرا مولى علي بن ابي طالب رض ونافعا مولى ابن عمر رض وبلالا مولى ابي بكر الصديق رض ولهما انه يبنى على العتق والعتق لكونه قولا يسمع كثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما يبنى عليه وليس تجويزها بالسماع لكون الشئ مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا ان السبب لا يرى اذ لا يرى العلوق وكذا تقليد القضاء الا الخواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر رض ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على ان لا خلاف في الفتوى انه لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا عند ابي يوسف يجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك واحمد وقول للشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول ابي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما يقبل اذا كان العتق مشهورا وللمعتق ابوان او ثلثة في الاسلام قال المصنف واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله وقال الاقطع في شرحه قال محمد يجوز وقفه لان اصله هو الذي يشتهر والوقف في التوجيه انه

وان كان قولا انما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء ولكنه في توالي الاعصار يبيد الشهود والاوراق مع اشتهاره وتعينه فيبقى في البقاء ثابتة
ان لم يجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة اى ذلك وقوله الصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشائخ قال في الفصول اختلف المشائخ
قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل ومن المشائخ من قال يجوز على اصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي
وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط ان يبين الموقوف عليه بل ان يقول يبدأ من غلتها بكذا او كذا والباقي كذا او كذا وفي الفتاوى
الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي ان يقبل ونص
عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الوقف واذا شهدوا ان هذه الصيغة وقف ولم يذكروا الجهة لا يجوز ولا
تقبل بل يشترط ان تقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكرنا في الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او المقبرة
ولم يذكروا انه يبدأ بغلتها فتصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا ان لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغيناني لا بد من بيان
الجهة انه وقف على المسجد او المقبرة وما اشبه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته قال وتاويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف
انه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة ان يشهد انه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا ولو ذكر ذلك لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار ان
تقبل على شرائط الوقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف انها تسلك
بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع قال
ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك
اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه
له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رح في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي رح دليل الملك
اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا رح لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة
واصالة قوله ومن كان في يده شئ الخ صورتها اى عينا سوى ما استثناه في يد انسان ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه
الملك وسعه ان يشهد للمدعي لان الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه ان يعاين
سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشئ من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن ابي
يوسف انه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له وفي الفوائد الظهيرية اسند هذا القول الى ابي يوسف
ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف قالوا يعني المشائخ يحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله
قول الكل وبه ناخذ وقال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى
ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يعد مجرد اليد ولهذا قالوا
اذا راى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل ليس في آبائه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان
مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد
متنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف ايضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي ان يطلق الشهادة حتى
لو قال اشهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة ومجوز لها لا موجب على الشاهد ان يشهد والقاضي يلزمه القضاء
بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار الى جانبها فاراد ان ياخذها بالشفعة ولذا
لم يقض القاضي له بذلك وان ثبت عنده انها في يده يتصرف فيها اذا انكر المشتري ان الدار في يده ملكه لان العيان ليس سببا



للوجوب بل الجواز ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده
دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له
قوله ان عاين المالك والملك الخ حاصله ان المسئلة على اربعة اوجه الاول ان يعاين الملك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه
وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة ثم راه في يد آخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد له وظهر ان المراد بالملك المملوك
الثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي
نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع
جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما
بالتسامع ايضا فاورد عليه انه يلزم ان يكون الشهادة بالملك بالتسامع واجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل
بالنسبة وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز ههنا كذلك لانه سمع ان هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع
وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى ان مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب بثبوت ملكه
لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله اعلم وعلى هذا قال الناصحي
فان كان المالك امراة لا تخرج ولا يراها الرجل فان كان الملك مشهورا لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث
ان لا يعاين الملك ولا المالك بان سمع ان لفلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين
يده عليها لا يحل له ان يشهد بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع
ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود
واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما
رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن نفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما
يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب
والفرق ما بيناه والله اعلم قوله واما العبد والامة يعني اذا عاينهما في يد انسان يخدمانه اذا كان يعرف انهما رقيقان جاز له ان يشهد
انهما ملكه سواء كانا صغيرين او كبيرين لانهما بوصف الرق لا يد لهما على نفسهما وقد شوهدا في يد غيرهما فكان كرؤية ثوب في يده وان
لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين اى لا يعبران عن انفسهما فكذلك يجوز ان يشهد له بملكهما لما ذكرنا انهما لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين
اى يعبران عن انفسهما سواء كانا صبيين عاقلين او بالغين به صرح المحبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد
والامة لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره جاز اقراره ويضع المقر بما
يضع بمملوكه واذا كان من يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك اذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبد وهذا الاحتمال يهدر اذا كانا لا يعبران
عن انفسهما فاما اذا كانا كذلك اهلا فلا يزال اعتباره الا باقرارهما بالرق فان لم يقرا الا ثبتت الشهادة عليهما وانما
لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يد من جاء في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما هذا وعن ابي حنيفة انه يحل له
ان يشهد في الكبيرين ايضا وكذا عند ابي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلا على الملك بدليل ان من ادعى عبدا او امة
في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق ما بينا يريد كون يدهما
على انفسهما تندفع اليد عنهما

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل لما ذكر تفصيل من يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته واخره لان المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل ان التهمة يبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة قال ولا يقبل شهادة الاعمى وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح فان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت قوله ولا تقبل شهادة الاعمى مطلقا سواء عمي قبل التحمل او بعده وفيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع او لا تجوز وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه وهو قول الشافعي ومالك واحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقال ابو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل اعمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك واحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه وهو منتف من الاعمى الا بالنغمة وفيه اي في التمييز بالنغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلم يقع ضرورة الى اهدار هذه التهمة بخلاف وطي الاعمى زوجته وامته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس السنار فاهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بتحقق الشهود على ان الاشارة لم تقع الى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الحاق بالحدود من جهة ان شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل ما تقدم يكفي اذ الرد بتهمة ما في الحدود ولا يستلزم الرد بشبهها في غيرها لان ذلك يحتاط في درء الحكم فيها واما الاستدلال بما عن علي رض انه رد شهادة الاعمى فيقول ابو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حد وشبه وقيد في الذخيرة قول ابي يوسف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار اما في المنقول فاجمع علماؤنا انها لا تقبل وشبه بكتاب القاضي الى القاضي فان الشهود لا يشيرون الى احد وتقبل واجيب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون رأيناه عرفناه والاعمى لا يعرفه اذ لو راه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا يعرفه اليوم لم تقبل وايضا فيقول كتاب القاضي للضرورة والحاجة لما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو ادى بصير ثم عمي قبل القضاء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد لصيرورة الشهادة حجة عنده اي عند القضاء لانها انما تراد للقضاء فما يمنع الاداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الاداء فيمنع القضاء وابو يوسف قاسه بما اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضاء او مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فانه مبطل لها وفي المبسوط انه لا يجوز شهادة الاخرس باجماع الفقهاء لان لفظ الشهادة لا يتحقق منه ونقض بان الاصح من قول الشافعي تقبل اذا كانت فيه اشارة مفهومة وبقولنا قال مالك واحمد وهو قول الشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشارة فهو اولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما يتحقق التهمة في نسبته وهنا يتحقق في نسبته وغيره من قدر المشهود به وامور اخر قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قوله ولا المملوك اي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال احمد تقبل على الاحرار والعبيد



وهو قول انس بن مالك رض وهو قول عثمان البتي واسحق وداؤد وعن علي رض تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى لا لنقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع واما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحه وقال انس شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة بن ابي اوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده واجازه الحسن وابراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد واماء الى هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي واحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل ان يتفرقوا ويروى ذلك عن ابن الزبير والوجه في ان لا تقبل النقصان العقل والتمييز ربما يقدم لعلمه بعدم التكلف فرع اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها قبلت كالصبي اذا تحمل فادى بعد البلوغ وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم اسلم فادى جاز ولا المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن قوله ولا المحدود في القذف وان تاب وقال الشافعي ومالك واحمد تقبل اذا تاب والمراد توبته الموجبة لقبول شهادته ان كذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان في قول يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا واصلحوا وقيل لا لان عمر رض قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك وقد يجاب بان ابابكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة باكذاب نفسه واصله ان الاستثناء في قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة او الى الكل والمسئلة محررة في الاصول وهي ان الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل او الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل في قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف لا تقبلوا انه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التابيد اما المناسبة فلان رد شهادته مؤلم لقلبه بسبب عن فعل لسانه كالحد لانه ربما يصلح مانعا في المستقبل من فعله والتعذيب سبب لزيادة الوجوع لانه تعذيب عدم من يعرفه لا يستحي من احد يراه فيه فاذا فرض ان لم داعية الزنا او سعي فيه وكذا قيد التابيد لا فائدة له الا تابيد الرد ولا يقال ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون جملة مستانفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا الفسق وقد ارتفع بالتوبة واما رجوع الاستثناء الى الكل في قوله تعالى في المحاربين ان يقتلوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم حتى سقط عنهم فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل ان تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة اعني قوله ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل ان تقدروا عليهم ليس الا سقوط الحد وهذا لانا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل واما اذا اقترن به عاد اليهما كما يقول هو ان عودها الى الكل اذا تجرد عن دليل عودها الى الاخيرة فقط فلو اقترن به عاد اليها فقط ورح فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب ان الرد من تمام الحد فكان قياسا في مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة يلغي الفائدة لانه معلوم شرعا ان التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بايراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية اخرى تفيده لا يضر للقطع بان طريق القران تكرار الدوال خصوصا اذا كان مطلوب التاكيد كاقيموا الصلوة وقد تكرر الا الذين تابوا الى قوله فاولئك اتوب عليهم وانا التواب الرحيم وفي اخرى الا من تاب وامن الى قوله تعالى فاولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئا وفي الاخرى الا من تاب الى قوله تعالى فاولئك

يبدل الله سيأتهم حسنات ومواضع اخرى عديدة ولم يسمع ان يقال في احدها قد عرفت هذا آية اخرى فلا فائدة في هذا الامن اقدم على الكفر
والعياذ بالله وانما كان هذا منه قوله تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى ان لا يسمعه بعض الناس فاذا
تعدد مواضعه فمن لم يسمع تلك الآيات سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع اخرى فكان في تعداد افادة هذا المعنى نصيب مظنة علمه لكل احد مع
تاكيد جانب عفوه لا يخفى ثنا عليه واما ما عن عمر رض انه قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك ففي ثبوته نظر لان رواية عمرو بن قيس ولو تركنا النظر في
ذلك كان معارضا لما قال لابي موسى الاشعري في كتابه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف او مجربا في شهادة زور او
ظنينا بقرابة وقد مناه عنه من رواية ابن ابي شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وبقولنا قال
سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وكذا روى عن ابن عباس قال المصنف او هو استثناء منقطع
وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فان الله غفور رحيم اي يغفر لهم
ويرحمهم واذا كان من تمام الحد لكونه مانعا اي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله اي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما وفي المبسوط
الصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل
شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم عتق
لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قوله ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة في الجملة
فكان ردها من تمام شهادته بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد شهادته
التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد
الى ان امكن ولم يتوقف في الزاني في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام اجيب بان الزاني في دار الحرب لم يقع موجبا
اصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته اصلا لان القدرة شرط التكلف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب
وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه اما قذف العبد فموجب حال صدوره للحد غير انه
لم يكن تمامه في الحال فتوقف تتمته على حدوثها بعد العتق قال في المبسوط بعد ان ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي تقبل
خبر المحدود في القذف في الديانات اما على رواية المنتقى ان لا تقبل والفرق ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة
عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صار عدالته
مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم اعتق لانه لو لم يحد حتى اعتق حد
لا تقبل ايضا ولكن وضعه كذلك لانه يبقى لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم اسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد
بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات
لا يسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا اقيم الاكثر تسقط اذا ضرب سوطا لان من ضرورة ذلك القذر الحكم شرعا بكذبه

قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه ولا اجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا يقبل
شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن
استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او
تتمكن فيه التهمة قال رض والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه
وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت لهم وقيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة او مياومة



فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قوله ولا تقبل شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل
ولا شهادة الولد لابويه واجداده اما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ
وهذا الحديث غريب وانما اخرجه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا يجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها
ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى وقال ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن
سفيان واخرجا نحوه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاف وهو ابو بكر الرازي الذي شهد له اكابر المشائخ انه كبير في العلم رواه بسنده الى عائشة رض
ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رض عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لا يجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك
لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح امر الشريك وذكر الاجير ايضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع
لاهل البيت وهو بعض حديث رواه ابو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على اخيه وشهادة القانع باهل البيت واجازها لغيرهم قال
ابو داود والغمر الشحناء وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه احمد وقال في التنقيح محمد بن راشد وثقه احمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما
تكلم فيه بعض الائمة وقد تابعه غيره عن سليمان رواه عن عمرو بن شعيب عن الحجاج بن ارطاة في ابن ماجة وادام بن فائد في الدارقطني
ولم يذكر فيه القانع واخرج الترمذي عن يزيد عن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رض قالت قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذي غمر على اخيه ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع لاهل البيت ولا ظنين في ولاء
ولا قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال ابو عبيدة
والغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعني ويطلب معاشه منهم لانه قرابة الولادة اعظم في ذلك والظنين المتهم
في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع واذا كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما اولى بالرد فيثبت رد
شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه والظنين في ولاء ولا قرابة وقرابة الولاء اعظم في ذلك وان
كان راويه ضعيفا اذ ليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل انما يرد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة انه اجاد في هذا
المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون
الولد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكوة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رض حين شهد مع قنبر لعلي رض فقال علي اما علمت
انه صلى الله عليه وسلم قال الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن انت ايتني باخر
فقيل عزله ثم اعاده وزاد في رزقه فقيل رجع علي الى رأيه وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد نفعه نفعه وضرره ضرره
ويأكل معهم وهو المراد بالقانع المذكور في الحديث واما شهادة الاستاذ فمقبولة وكذا المستأجر وقيل المراد الاجير مشاهرة او مسانهة
او مياومة لانه اذا كانت جارية على هذا الوجه دخلت منفعة التي هي الاداء في اجرته فيكون مستوجبا للاجر بها فيصير كالمستأجر
عليها وفي العيون قال محمد في رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس ان لا تقبل ولو كان
اجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال ابطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن اجيره ثم
صار اجيره قبل ان يقضي فانه ابطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم اعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا
طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعادها تجوزها وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل

على الأجير المشترك ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة
ولهذا يجري القصاص فالحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس
ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم
لانه لا ولاية له على المشهود به قوله ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولو كان المشهود له مملوكا من الزوجة او الزوج وقال الشافعي
تقبل وبقولنا قال مالك واحمد وقال ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله لوجوب نفقتها وتقبل
شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعي ان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة اي كل يد في حيز الآخر فهي مجموعة عنه من بان الشيء
منه فلا اختلاط فيها ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس في الدين ولا معتبر بما بينهما من النفع المشترك لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح
لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما يثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع
توهم انه يشاركه في منفعته ولنا ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقد سمعت انه من قول شريح مرفوع
من رواية الخصاف ولو لم يثبت ثم فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولادة في ذلك بجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل
غنيا بمال الآخر وكذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة بل ربما يكون الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها اكثر مما بين الآباء
والاولاد بل قد يعادي ابويه لرضى زوجته وهي لرضاه ولان الزوجية اصل الولاد لان الولادة عنها تثبت فتلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال
المنافع كما اعطي كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لانه بعد الموت لا زوجية وفي المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعي والبائن
لقيام النكاح في بعض الاحكام ولو شهد احدهما للآخر في حادثة وردت وارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة تقبل بخلاف ما لو ردت
لفسق ثم تاب وصار عدلا واعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك واحمد والشافعي في الاصح لان القاضي لما ردها صار مكذبا في تلك
الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي اذا ردت ثم اعتق واسلم وبلغ واعادها تقبل وبه قال الشافعي واحمد في رواية عن
مالك وهو رواية عن احمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الرد فاذا صاروا اهلا تقبل ولو قبل الرد
في الفسق لا يستلزم الحكم بكذب بل بمجرد تهمته به وبالاعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب
فصار كالحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا اعادها بل بزوال ذلك المعنى الا العبد واحد الزوجين للآخر
والكافر والاعمى والصبي اذا شهد فرد والكافر والاعمى والصبي اذا شهد كل منهم فرد ثم عتق واسلم وابصر وبلغ فشهدوا في تلك الحادثة بعينها
تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لام امرأته وبنتها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة ابيه ولاخت امرأته ولا شهادة المولى
لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف
مراعى ولا المكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد
بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قوله ولا شهادة المولى لعبده لما تقدم من رواية الخصاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه
اذا لم يكن على العبد دين ومن وجه اذا كان دين لان الحال في حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين ان يصير
للغرماء بسبب بيعهم المال في دينه وبين ان يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة
وقوله لما قلنا يعني من انه شهادة لنفسه من كل وجه ومن وجه وفي المبسوط وكذا لا تقبل شهادة الى المولى وابنه وامرأته لهؤلاء
وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس ان تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيدها ولكن منعوه للفظ النص
السابق ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير ان هذا لا يتحقق في الشريك





المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك
بينهما وينبغي ان تزاد الشهادة بما كان من طعام اهل احدهما او كسوتهم ايضا لانه لا شركة بينهما فيه وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه
لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قوله وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه قيل
لا خلاف لكن قال شمس الائمة في شرح ادب القاضي من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة فيه لانه
لا بسوطة وليس مظنة ملزومة الالف بل كثيرا ما يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة
قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه
تكسر فهو مقبول الشهادة قوله ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال وهو التشبه بالنساء تعمدا لذلك في تزيينه و
تكسير اعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية روى ابو داود وباسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو اشنع
من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقية وفي اعضائه تكسير خلقية فهو عدل مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان
محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه
ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا
من يلعب بالطنبور وهو المغني ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة ولا من يأتي بابا من الكبائر التي
يتعلق بها الحد للفسق قوله ولا نائحة ولا مغنية هذا لفظ القدوري فاطلق ثم قال بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد انه تكرار يعلم ذلك
بما ذكر من قوله مغنية والوجه ان اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال الا يرى اذا قيل ما حرفته او ما
صناعته يقال مغن كما يقال خياط حداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير انه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه
وسلم لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ومعلوم ان ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المرتب
على المشتق انما يفيد ان وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة اخرى نعم هو من المرأة افحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على
ان التغني للهو او لجمع المال حرام بلا خلاف ومثل هذا لفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة ولكن حينئذ كانه قال لا تقبل شهادة من
اتخذ التغني صناعة يأكل بها ومن لم يكن ذلك صناعة وكذا علل في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حقهن
مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام ولذا اطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى ان قوله من يغني للناس لا يخص في
غناء الرجال لان من يطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من
تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف انه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ اولى وان كان المعنى على التأنيث
فكيف اذا كان المعنى اعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله يجمع الناس على كبيرة يقتضي ان التغني مطلقا حرام
وان كان مفاده بالذات ان الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا ان كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع
وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل لنفسه يدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان
وقيل ولا يكره لاسماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب ان في التغني لاسماع نفسه
ولدفع الوحشة خلافا بين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن انس بن مالك رضي الله عنهما انه دخل على
اخيه البراء بن مالك رضي الله عنهما وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه اخذ شمس الائمة السرخسي ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه

اخذ شيخ الاسلام وحمل حديث البراء بن مالك رضي الله عنه انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغنا كما
يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا باس به ومن المباح ان يكون فيه
صفة امرأة مرسلة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك فيجاز ان يكون المصوره قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رح الا انا عرفنا من هذا
ان التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة المذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج اليها والدساكرات والخانات والهجاء لمسلم او ذمي
اذا اراد المتكلم بجاره الا اذا اراد انشاد الشعر للاستشهاد به او لتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على ان وصف المرأة كذلك غير مانع لما سلف في
كتاب الحج من انشاد ابي هريرة وهو محرم ؎ قامت تريك رهبة من تهضما + ساقا تخنداه وكعبا ادرما + وانشد ابن عباس رض
ان تصدق الطير ننك لميسا + لان المرأة فيهما ليست معينة فلولا ان انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقل الصحابة ومما يقطع به في
هذا قول كعب بن الزهير بحضرة النبي صلعم ؎ وما سعاد غداة البين اذ رحلت + الا اغن غضيض الطرف مكحول + تجلو عوارض ذي ظلم
اذا ابتسمت + كانه منهل بالراح معلول + وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه صلعم ولم ينكره في قصيدته التي اولها ؎
تبلت فؤادك في المنام خريدة + تسقي الضجيع ببارد بسام + فاما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمن بوصف الرياحين والازهار
والمياه المطردة كقول ابن المعتز ؎ بسقاها بغايات خليج كانه + اذا صافحت راحة الريح مبرد + يعني سقاتك الرياض وقوله
؎ وترى الرياح اذا مسحن غديره + صقلنه ونفين كل قذاة + ما ان يزال عليه ظبي كارعا + كتطلع الحسناء في المرأة + فلا وجه لمنعه على هذا
نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغني والله اعلم وفي المغني الرجل الصالح
اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني وابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلا غنا كالمزمار والطنبور ونحوه لما
روى ابو امامة انه عم قال ان الله بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح
في معناه ما كان من حادثة سرور ويكره غيره لما روي عن ابن عمر رض انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر ان كان في وليمة سكت
وان كان في غيره عمد بالدرة في الاجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي ترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته واما القرأة بالالحان
فاباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وحدودها فمباح والا فغير مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب
الاذان ما يفيد ان التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ونقلنا هناك عن الامام احمد رح انه قال للسائل
عن القرأة بالتلحين وقد اجاب بالمنع ما اسمك فقال محمد فقال ايعجبك ان يقال لك يا محامد واما النائحة فظاهر انها ايضا في العرف
لمن اتخذت النياحة مكسبة فاما اذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال لم ترد النائحة التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة
غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها لما ارتكبت معصية لاجل المال لا يؤمن ان ترتكب شهادة الزور كذلك وهو اليسر عليهما من الغناء والنوح
وهي الغناء والنوح في مدة طويلة يتعقب هذا احد من المشائخ فيما علمت لكن بعض متاخري الشارحين نظر فيه بانه معصية فلا فرق
بين كونه للناس اولا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق
الجيوب ودعى بدعوى الجاهلية وهما في صحيح البخاري ولا شك ان النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في ان القاضي لا يقبل
شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضي فانما قيد بكونها للناس بهذا المعنى والا فهو يرد عليه مثله في قوله ولا
مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا او غيره ولفظ محمد رح في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد ولو
من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا فقال هذا الشارح شرط الادمان في الخمر وهذه الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع ان شرب
الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه في الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب



في تقييد المشائخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشائخ في توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شربها
سرا لا تسقط عدالته ولم يفسق فيه بكلمة واحدة فكذا الذي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس
والنظر الى تعليل المصنف رح بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم دينه مع ان ذلك ثابت بلا ادمان وانما اراد انه اذا ادمن حينئذ يظهر انه
مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف التي استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فيكون كالذي يظهر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان
في رد شهادته وصرح بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو ان يشرب مرة اخرى وهذا هو معنى الاصرار
وانت تعلم انه سيذكر رد شهادتها من يأتي بابا من ابواب الكبائر التي تتعلق بها الحدود وشرب الخمر منها من غيره توقف على ان نيته
ان يشرب ولان النية امر مبطن لا تظهر الناس والمدارات التي تتعلق بوجودها حكم القاضي لا بد ان يكون ظاهرة لا خفية لان خفاها
معرفته والخفي لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر لا بالنية نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر
على الاصرار بل ان يعنيها ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك اما من يلعب بالطيور فلانه يورث
غفلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يتوقف على عورات الناس لصعود
سطحه ليطير طيره وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا الا ان يراد ان ذلك يكثر منه لهذه الداعية فانها داعية كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه
كما في لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم يستمرون النهار والليل لا يسال عن اكل ولا شرب وهذا من اظهر وجه
على انه من دواعي الشيطان والاوجه ان اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعا مع اناس اراذل وصحبتهم وذلك مما
يسقط العدالة وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هو السبع التي ذكرت في الحديث وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين
وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم اكل الربوا واكل مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات
قالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم وما هن فذكرها وفيها السحر واكل الربوا واكل مال اليتيم وفيه عنه عم الا انبئكم باكبر الكبائر قالوا بلى يا
رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكيا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث
وقد عد ايضا منها السرقة وورد في حديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد اتى بابا من ابواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد
وقيل ما ثبتت حرمته بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهر زاده انها ما كان حراما محضا مسمى في الشرع
فاحشة كاللواطة او لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا والوعيد بالنار في الآخرة
كاكل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة
تزول بالاصرار على الصغائر فهذا اولى وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الاصحاب
وفي الخلاصة بعد ان نقل القول بان الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال واصحابنا لم يأخذوا بذلك وانما بنوا على ثلثة بيان
احدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والثاني ان يكون فيه منابذة المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة
والكرم فهو كبيرة والثالث ان يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة ايضا وما في الفتاوى
الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله
عن ادب القاضي لعصام وعليه المعول غير ان الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلذا شرط في شرب المحرم
والسكر الادمان والله سبحانه وتعالى اعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يشرب لان
اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف تسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط وكذا الاعانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر

قال ولا من يدخل الحمام من غير ازار لان كشف العورة حرام قوله ولا من يدخل حمام بغير ازار الخ وفي الذخيرة او لم يعرف رجوعه عن ذلك واما ما ذكر الكرخي ان من يمشي الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه يخل بالمروة او يأكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قوله او يأكل الربوا الى قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة اما اكل الربوا فكثير اطلقوه وقيده بعضهم في الاصل بان يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر مانعا لم يقبل شاهد لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربوا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم من الفاسد منه وقيل لان الربوا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان ارتكابه شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لابد من كونه كذلك بخلاف اكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا التهمة اكل الربوا ولا تسقط العدالة به وهذا اقرب ومرجعه الى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان واما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور يكفي كونه ذنبا محظورا دينه الا ترى الى ما قال ابو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعده ان يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا واما الاول فالربوا المحقق لمحقق على الاموال الربوية فيه تفاضل او نسيئة بل اكثر ما كانوا عليه ونزلت آية الربوا بسبب اقترانهم المقدار كالمائة وغيره باكثر منه او الى اجل فان لم يقضه فيه اربى عليه فتزيد الكمية وهذا هو المتداول في غالب الازمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك اصلا والا قليلا واما اكل مال اليتيم فلم يقيده احد لقصوا انه بمرة وانت تعلم انه لابد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه بمرة يظهر لانه يحاسب فيعلم انه استنقص من المال والحاصل ان الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير ان القاضي لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك وكذا نقول اذا علم انه يلعب بالنرد ترد شهادته سواء قامر به اولم يقامر لما في حديث ابي داود من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعبة الناس في بلادنا مثله لانه يرمي ويطرح بلا حساب واعمال وفكر وكل ما كان كذلك مما احدثه الشيطان وعمله اهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به اولا فاما الشطرنج فقد اختلفوا في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام احمد لما روينا فانه قد قيل ان النردشير هو الشطرنج ولما سيأتي في باب الكراهية ان شاء الله تعالى من قوله صلى الله عليه وسلم كل لهو المؤمن باطل الا ثلثة تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله رواه ابو داود وعن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو الا ثلث تاديب الرجل فرسه وملاعبته مع اهله ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهية ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتاخير صلوة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجه ومساغ لم تسقط العدالة به واما ما ذكر من ان من يلعب على الطريق ترد شهادته فلا تيانه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة اهل الشعبذة والذي في ديارنا وكالانه اما ساحر او كذاب اعني الذي يأكل منها ويتخذها مكسبه فاما من علمها ولم يعملها فلا وصاحب حمام على هذا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة وفي بعض النسخ المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها التي يستخف الناس فاعلها او الخصلة التي تستخف الفاعل فتبيده ومنه ما لا يليق به وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك كالاكل على قارعة الطريق يعني بمراى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يتحيي



من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف راسه في موضع يعد فعله خفة وسوء ادب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه ان يشهد بالزور وفي الحديث عنه عليه السلام ان مما ادرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو ان شيخا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخيف واما اهل الصناعات الدنية كالكساح وهو الذي يسمى في عرف بلاد مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي واحمد ووجه كثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورأيت اكثر مخلف الوعد الصاغة والاصح تقبل لانها قد تولاها قوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبني على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع حلفهم فلا يقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائعي الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فاما اذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الاكفان فيقبل لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى او باع او آجر او قبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب احوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع ليستغنون عن الكتابة اذا اشهد والمعنى بعدها ورد بعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة العلماء تقبل الا لمانع غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك منه الناس ويل له ويل بلا خلاف وقال نصير بن يحيى من يشتم اهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان احيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته واما في ديارنا فكثير يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك والا من يحلفه في كلامه كثيرا ونحوه وحكي ان الفضل بن الربيع شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي ان رد ابي يوسف شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت امرك ممتثلا له على اهانة نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتملقه لاجل الدنيا فربما يغير هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بما يقرب من خاطره والحاصل ان ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروءة ان لا يأتي الانسان ما يعتذر منه مما يخطه عن مرتبته عند اهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دني والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن ابي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان افرط لانه يؤديه الى منع الحقوق ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رح لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه فيمتنع عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم قوله ولا من يظهر سب السلف كالصحابة والتابعين ومنهم ابو حنيفة وكذا العلماء ونص ابو يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد من المسلمين سقط عدالته فاذا اظهر في واحد من الصحابة فكيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه اذا اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته وكذا قال ابو يوسف من رواية ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتيمة مجونة وسفه لا يأتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبري لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من اصل الاهواء وشهادة اهل الاهواء جائزة وتقبل شهادة اهل الاهواء كلهم من المعتزلة والقدرية

والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى اهل السنة الا الخطابية وهم طائفة من الروافض لخصوص بدعتهم وهو انهم الى التهمة الكذب لما نقل
عنهم انهم يشهدون لمن حلف لهم انه محق ويرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذي ذكره المص فمنع قبول شهادتهم لشيعتهم كذلك
ولغير شيعتهم للامام الاول وما نقله المص عن الشافعي هو قول مالك وابي حامد من الشافعية واما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف ووجه قول مالك
ما ذكر ان البدعة في الاعتقاد من اعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا ان صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه ربما
يكفر به كالخوارج فهو ابعد من التهمة واما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال
محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقا على قبول
رواياتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتماد الغلو في الصحة مع ان قبول الرواية ايضا مشروطة بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى وهو
ان من رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى ابي الخطاب وهو محمد بن ابي وهب الاجدع وقيل محمد بن
ابي زينب الاسدي الاجدع وخرج ابو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس رض واظهر الدعوة الى جعفر

فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو واصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناس قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم
وقال مالك والشافعي رح لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا
لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على
نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم
دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه

يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض قيد به ليخرج شهادتهم على المسلم فيدخل في اللفظ شهادة اهل ملة منهم على اهل ملة اخرى وقد نص عليه بقوله وان اختلفت مللهم احترز به
من قول ابن ابي ليلى وابي عبيد انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه وقال مالك والشافعي رح لا تقبل اصلا
لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون ووقع في كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية النسخة المصححة بتصحيح خط
شيخي قال تعالى للكافرين هم الفاسقون اذ الذي في القرآن والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل
شهادتهم على المسلم كالمرتد بذلك الجامع ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس ذا عدل
ولا مرضي ولانا لو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء بقوله قال المص ولنا ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض قال الامام المخرج غريب وهو غير مطابق للمدعى وهو ان شهادة بعضهم على بعض
جائزة وان اختلفت مللهم ولو قال اهل الكتاب عوض النصارى وافق وهكذا اخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله
ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض ومجالد فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ويوجد في بعض نسخ
الهداية اليهود عوض النصارى وذكر ما رواه ابو داود وبهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه بابني صوريا فنشدهما بالله كيف تجدان امر هذين في التوراة قالا نجد فيها اذا شهد اربعة منهم انهم
رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم
باليهود فجاءوا باربعة فشهدوا انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال هكذا وجدته في
نسخة علاء الدين بخط يده وهو تصحيف وانما هو فدعا بالشهود وكشفته من نحو عشرين نسخة وكذا رواه اسحاق بن راهويه وابو يعلى الموصلي والبزار



في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود وقال في التنقيح قوله وفي الحديث فدعا بالشهود فشهدوا زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما
تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي اسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه انه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني باربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل
ما تفرد به مجالد يجري ما ذكر من ان الراوي الضعيف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك ان رجمه عم كان بناء على
ما سأل من حكم التوراة فيهما واجيب به من ان حكمهما الرجم بشهادة اربعة اذ هو يوافق ما انزل اليه فلا بد من كونه بني على شهادة اربعة في نفس الامر منهم
وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القضية كانت فيما بين اليهود في محالهم واماكنهم فهذه دلالة على ان مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وانت علمت
في مسئلة اهل الهواء ان مراد الآية فسق الافعال لانه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الا ان شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله ولن يجعل الله
للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت شهادتهم على بعضهم بعضا ثم استدل بالمعنى وهو ان الذمي من اهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على اولاده الصغار
ومماليكه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه لهم اذ لا ولاية له اصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغيظه بقهره فكان متهما فيه بخلاف اهل ملة
على اهل ملة اخرى لانه وان عاداه ليس احدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم
يعادي مسلما ثم يشيد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا تجوز شهادة ملة على ملة اخرى الا امة محمد مصطفى صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم وايضا فقول الراوي اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم
على بعض يحتمل ان يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض او بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل انه حكاية لتشريع قوله
فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا يحكم باحدهما عينا غير ان في هذه خلافا في الاصول ورجح الثاني وهي مسئلة قول الراوي مثل قضى بالشفعة
قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى
حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل
دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف
الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قوله ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستامن لانه لا يتصور غيره فان الحربي
لو دخل بلا امان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على احد وذلك لان الذمي اعلى من المستامن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو اقرب
الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمي عنه لا بالمستامن وقوله بخلاف الذمي متصل بقوله فان كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذمي
على المستامن وان كانا من اهل دارين مختلفين لان الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستامن فكذا الذمي وانما لا يجري
التوارث بين الذمي والمستامن لان المستامن من اهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن اهل دار الحرب في الارث
والمال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح
في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد له من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة
المشروطة فلا يرد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قوله واذا كانت
الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته هذا هو المعنى المروي عن ابي يوسف في حد العدالة وهو احسن ما قيل
وفيه قصور حيث لم يعترض المروة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصي والمروي عن ابي يوسف هو قوله ان لا ياتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة
ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطائه ومروته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروة هكذا نقله القاضي ابو حازم حين
ساله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له احسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم
الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك فكان ينبغي ان يقول ومروته ظاهرة وقول المصنف اما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة

يريد الصغيرة ولفظ الالمام واللمم اشهر في الصغيرة ومنه قول ابي خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة ان تغفر اللهم تغفر جما واي عبد لك لا الما هكذا اورده الفقيه عنه بسنده ونسبه الخطابي الى امية ونسبه صاحب الذخيرة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا باس بذكر افراد نص عليها منها ترك الصلوة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متأولا في تركها كان يكون معتقدا افضلية اول الوقت والامام يوخر الصلوة او غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة بغير عذر ومنهم من اسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي والاول اوجه وذكر الاسبيجابي من اكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه في غير ارادة التقوي على صوم الغد او مواناسة الضيف وكذا من خرج لروية السلطان والامير عند قدومه ورد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه في النفقة في طريق مكة كانه راى منه تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن ان يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكوته وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل ما يأخذ بسوق النخاسين مقاطعة واشهد على وثيقتها شهود قال المشائخ ان شهدوا حل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرة السلطان على ضمان الجهات والاجارات المضافة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قوله وتقبل شهادة الاقلف نص عليه الخصاف قال وتجوز صلوته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة الا خوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا تبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا توكل ذبيحته انما اراد به المجوسي الا ترى الى قوله ولا توكل ذبيحته قال والخصي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي لانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قوله والخصي اذا كان عدلا ولا مانع لان حاصل امره انه مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن ابي شيبة بسنده ورواه ابو نعيم في الحلية ثنا اسمعيل بن مسلم عن ابي المتوكل ان الجارود شهد على قدامة انه شرب الخمر فقال له عمر هل معك شاهد آخر قال لا فقال عمر يا جارود ما اراك الا مجلودا قال يشرب ختنك الخمر واجلد انا فقال علقمة الخصي لعمر اتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني اشهد اني رأيته يقيئها فقال عمر ما قاءها حتى شربها فاقامه ثم جلده واخرجه عبد الرزاق مطولا قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قوله وولد الزنا تقبل شهادته في الزنا وغيره ولا تزر وازرة وزر اخرى وعن مالك لا تقبل في الزنا وهو ظاهر في الكتاب وشهادة الخنثى المشكل جائزة اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد او امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل او امرأة فيعمل بمقتضاه قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشائخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قوله وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لما تولاه ابو هريرة وابو موسى الاشعري لعمر وكثير وهذا احسن ما قيل ولو كان فسقا لما تولاه ابو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لان هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملا فيكونون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر ويشيع عنه الظلم كالحجاج وقيل اراد ما روي عن ابي يوسف في الفاسق الوجيه وملت ما فيه ورد شهادة الوزير لقوله للخليفة انا عبدك بعد هذه الرواية فمن اراد



بالعمال الذين يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم اطيب كسب وذكر الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذ طوعا لا تقبل وقدمنا عن البزدوي ان القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان اصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شئ فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قوله واذا شهد الرجلان صورتها رجل ادعى انه وصي فلان الميت فشهد بذلك ابنان موصى لهما بالمال او وارثان او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس ان لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد اما الوارثان فلقصدهما نصب من يتصرف لهما وترديهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرأان بالدفع اليه والوصيان من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان انها لم توجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شئ ويجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر باحدى نسائه لدفع التهمة عن القاضي في تعيين الانصباء فكذا بهذه الشهادة في هذه الصورة وانما اعتبرناها لفائدة اسقاط تعيين الوصي عن القاضي فان القاضي اذا ثبت الموت ولا وصي نصب وصيا وكذا اذا كان للميت وصي وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيئا اذ ثبت الموت فللقاضي او عليه ان ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء لوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية اوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بالعجز شرعي منهما عن التصرف الا ان يكون هو معهما او بعجز علم الميت منهما حتى ادخل معهما فينصب القاضي الآخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت الا في شهادة الغريمين المديونين فانه لا يشترط في اثبات ذلك للموصى الذي شهد له ثبوت الموت بانهما مقران على انفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فيضر بهما في ذلك اكثر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت تبعا وهذا بخلاف ما لو شهدا ان اباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعي الوكالة لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو اثبت القاضي وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهي لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكرنا ظهر ان عدم قبول هذه ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر انه لم يثبت بها شئ وانما ثبت عندها نصب القاضي وصيا اختاروه وليس هنا موضع غير هذا يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبرا في نفس ايصاء القاضي اليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشائخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن اصحاب المذهب في الجامع الصغير

ليس الا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في شاهدين شهدا الرجل ان اباهما اوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان انكره لم يجز شهادتهما وان شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله لان القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة **فروع** لا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل ولو شهد للورثة الكبار تقبل وان كان في حال الوصاية قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه في ذلك اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به قيل قوله ولا يحكم به تكرار اجيب يجوز ان لا تسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الامرين والمراد بالجرح المجرد عن حق الشرع او العبد فان كان متضمنا احدهما سمعت الشهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا ان الشهود فسقة او زناة او اكلة الربوا او شربة الخمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او انهم رجعوا عن الشهادة او على اقرارهم انهم اجراء في هذه الشهادة او اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او اقرارهم ان لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل الثلاثة اوجه اصحها الوجهان اللذان ذكرهما المص ان احدهما الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لتمكنه من دفعه في الحال بالتوبة الثاني ان بمجرد هذه الشهادة يفسق الشهادة فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل رفع الضرر عن المشهود عليه اجيب بان دفعه ليس ينحصر في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملأ من الناس ان يندفع بان يخبر القاضي سرا فيفرع على هذه الصور التي ذكرناها ومنها ما لو اقام رجل يعني المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر للشهود ولهذا الاداء لانه على جرح مجرد فان قيل الاستيجار امر زائد على مجرد الجرح اجاب المص عنه بقوله والاستيجار وان كان امرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل اجنبي عنه واورد انه ينبغي ان تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو ان يجعلوا مزكين للشهود والمدعي فيخبرون بالواقع من جرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح اجيب بان المعدل في زماننا يخبر القاضي سرا تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادي واما الرجوع عن الشهادة فلانه لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك او ظن عراه بعد ما مضت فلا تقبل واما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن اثبات حق للعبد او لله سبحانه بان يشهدوا ان المدعي استاجرهم بعشرة واعطاهموها من مالي الذي كان في يده او اني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا وقد شهدوا وانا اطالبهم بهذا المال الذي وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الخ لكن لم ادفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا ان الشاهد عبد او محدود او في قذف او شرب الخمر او سرق مني او زنى او شريك المدعي فيما ادعى به من المال او شهدوا على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر قبلت او على اقرار المدعي انهم فسقة ونحو ذلك من التزاره بمبطل شهادتهم كاقرار المدعي انه استاجرهم تقبل في ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد



ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فان الرق حق العبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بانه فتهم بشربهم وزناهم او غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فيقبل ومنه شهادتهم انهم شركاء المشهود له ليس فيها اظهار الفاحشة فيقبل فيصير الشركة كالمعاينة والمراد انه شريك المفاوضة فما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة الا ان يراد انه شريكه في المدعى به لهما وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعي بما ينسبه الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار من اخبار المدعي عنهم بذلك فقضح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم انهم محدودون انما هي منسوبة الى قضاء القاضي او شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد انها تقبل الشهادة به فقيل في وجهه انه يسقط العدالة فيقبل كالرق وانت سمعت الفرق واول جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم في اقرار المدعي بذلك او انه يجعل كشاهد زكوة تفرد جرحه تفرد قد تقدم في هذا ما يمنعه ثم قد وقع في عدم صور عدم القبول ان يشهدوا انهم فسقة او زناة او شربة الخمر وفي صور القبول ان يشهدوا انه شرب او زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتاويل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي اي اخطأت بنسيان عراني بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي خمسمائة او بنقص بان يشهد بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف جازت شهادته اذا كان عدلا لان امارة العدالة عند القاضي الا فسال عنه فعدل ووجه ان الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء اذا طبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء المدعي في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل وعلى هذا اذا غلط في بعض الحدود بان ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه او في بعض النسب بان قال محمد بن احمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمران وتداركه في المجلس قبل وبعده لا واذا جازت ولم ترد فبماذا يقضي قيل بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله اوهمت ولا بد من قيده بان يكون المدعي يدعي الزيادة فانه لو شهد له بالف وقال الشاهد بل الف وخمسمائة لا يدفع الا اذا ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة ح على تقدير الدعوى ان يدعي الفا وخمسمائة فتشهد بالف ثم يقول اوهمت انما هو الف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن بل يقضي بالف او بالف وخمسمائة قيل يقضي بالكل وقيل بالباقي فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضي بخمسمائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالالف كذا اذا غلط واليه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في جواب المسئلة جازت شهادته اي لا ترد لكن لا يقضي الا بما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء او بعده روى الحسن عن ابي حنيفة اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء او بعده وقالا اوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا انه يقضي بالكل وعن ابي يوسف رح رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا ابالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن

البناء فانى لا اضمنهم قيمة البناء كما لو قالوا اسكنّا فى شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعى فضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا ان الشهود لا يخلّف الحكم من قولهم سكتنا قبل القضاء وبعده فى انه تقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظة الشهادة او الاشارة الى المدعى عليه او المدعى او اسم احدهما فانه وان جاء بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرط وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون القضاء قضاء فروع من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجل من اهل القرية انه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد فى المكتب قبلت فان كان لهم فيه اولاد فالاصح انه يجوز ايضا وكذا لو شهد اهل المحلة للمسجد بشئ وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من اهلها تقبل وكذا اذا شهدوا ان هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهدوا انه اوصى لفقراء جيرانه وللشهود اولاد محتاجون فى جوار الموصى قال محمد لا تقبل للابن وتقبل للباقين وفى الوقف على فقراء جيرانه كذلك فى وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف وكذا ذكر الخصاف فى اوقافه فيمن شهد على انه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه او على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين الا يرى انما ينظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له فى الغلة حق الا ترى الى رجلين فقيرين من اهل الكوفة لو شهدا انه جعل ارضه صدقة موقوفة على فقراء اهل الكوفة ان الشهادة جائزة فان الوقف ليس لهما باعيانهما خاصة الا ترى ان والى الوقف لو اعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة لا تكون خاصة انما هى عامة مثل اهل بغداد واهل البصرة ونحو ذلك فان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا باسطر ان شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه شهادتهما باطلة وكان الفرق تعينهما فى هذه الصورة اذ لا جيران له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدا انه اوصى بثلثه للفقراء واهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض اهل القرية على بعض اهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل ارض معينا او لا خراج للشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على صيغة انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون بشئ من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل فى النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيئا تقبل وهكذا فى قول المدرسة هذا فى فتاوى النسفى وقيل ان كانت السكة نافذة مطلقا وفى الاجناس فى الشهادة على الوصية للفقراء واهل بيت الشاهد فقراء لا تقبل لهما ولو شهدا انه وصى بثلثه لفقراء بنى تميم وهما من بنى تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئا ومنه لو شهدا انه جعل ارضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا او فقيران لم تجز شهادتهما ومنع هذه الخصاف فيما اذا شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على اهل بيته وهما من اهل بيته فهى باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء اهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا ثبت الوقت لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد او لابيه او لاولاده او زوجته لا تجوز.

## باب الاختلاف فى الشهادة

الاختلاف فى الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع من جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما فى الغصب والقتل او سماع باقرار وغيره والشاهدان مستويان فى ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلذا اخره عما لم يذكر فيه خلاف

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو المدعى وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها اى يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم يطابقها صارت الدعوى لشئ آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة زاد واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة او كون المشهود به اقل من المدعى

بخلاف



بخلاف ما اذا كان اكثر من الاقل فلو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل اذا كان قدر ما سماه او اقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة وكذا فى غير نسخة من الخلاصة والظاهر انه انما يستقيم اذا كانت هى المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج فشهد واحد فى الاول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلنا لان الملك بسبب اقل من المطلق فانه يفيد الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق اقل من النتاج لان المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفى قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه او جهله فقال اشتريته او قال من رجل او زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهى خلافية ذكر الخلاف فى القبول رشيد الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالمطلق لم يذكر فى شئ من الكتب واختلف المشائخ فيه والاصح لا يحل له قلت كيف فيه ايضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال فقبضه منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت فى الخلاصة تقبل وحكى فى فصول العمادى خلافا قيل يقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة فى نفسها لا كالمطلق الا يرى انه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا فى شرح الحيل للحلوانى فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندى لا تقبل قال فى المحيط فى الاقضية مسئلتان يدلان على القبول وعندى الوجه القبول لان اولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بالسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا اولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه بعض ما شهدوا به اولا ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدوا جميعا وكل ما كان بسبب عقد او شراء او هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وان ذا اليد قبضه بغير حق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق واذا ارخ احد الشاهدين دون الآخر تقبل فى دعوى غير المؤرخ لا فى دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا شهرا تقبل وعلى القلب تقبل ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الفروع التى نذكرها دار فى يد رجلين اقتسماها وغاب احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا ان له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها باكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل كذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وافق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فقبل وفى المحيط نقلا من الاقضية وادب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال اى فى العين فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك فى الماضى فيحكم بها فى الحال ما لم يعلم المزيل وقال رشيد الدين بعدما ذكرها لا يجوز للقاضى ان يقول امروز ملك وى ميدانيد انتهى ومعنى هذا الاخير للقاضى ان يقول اتعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغى للقاضى ان يقول هل تعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره فى المحيط قال العمادى فعلى هذا اذا ادعى فشهدوا انه كان له عليه كذا ينبغى ان تقبل كما فى العين ومثله ما اذا ادعى انها زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك فى الماضى اما لو شهدوا باليد له فى الماضى لا يقضى به فى ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة فى الملك على ما اسلفناه وعن ابى يوسف يقضى بها وخرج العمادى على هذا ما فى الواقعات لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدى الاقرار يشهدان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فانه انما عرض لما يسوغ له

ان یشهد دلا للقبول وعدمه بل ربما یؤخذ من منعه من احدى البشارتین دون الاخرى ثبوت القبول فی احدیهما دون الاخرى کیف وقد ثبت
ان بشهادة العدلین عند الشاهدین انه قضاه لا یشهدان حتى یخبر القاضی بذلک وان القاضی رح لا یقضی بشئ وسیاتی من مسائل الکتاب اذا
علم شاهد الالف انه قضاه خمسمائة لا یشهدان حتى یقر بقبضها والله سبحانه اعلم وعکس ما نحن فیه لو ادعى فی الماضی ان هذه الجاریة کانت ملکی فشهدوا
انها له اختلف فی قبولها والاصح انها لا تقبل وانما لا تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه انها کانت له لان اسناد المدعی دلیل على نفی ملکه
فی الحال اذلا فائدة فی الاقتصار على الماضی الا ذلک فلم یکن ما شهدوا به مدعى بخلاف الشاهدین اذا اسند ذلک لا یدل على نفیهما ایاه فی الحال
لجواز قصدهما الى الاحتراس عند الاخبار بالاعلم لهما به اذ لم یعلما سوى ثبوته فی الماضی وقد یکون قد انتقل فیحترس انه وان کان یثبت
للحال بالاستصحاب وفی الخلاصة ادعى النقرة الجیدة وبین الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم یذکرا جیدة او ردیة او وسطا تقبل ویقضی
بالردی بخلاف ما لو ادعى قفیز دقیق مع النخالة فشهدوا من غیر نخالة او منخولا فشهدوا على غیر المنخول لا تقبل وفیها ان من ادعى على رجل الفا ثمن
بیت فشهدوا على الف من ضمان جاریة غصبها وهلکت عنده لا تقبل وعن هذا ذکر فی المسئلة المسطورة وهی ما اذا شهدا بالف من ثمن جاریة
باعها منه فقال البائع انه اشهدهما علیه بذلک والذی لا علیه ثمن تلع تقبل شهادتهما فقال فی الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره
بذلک ای اقرار المدعى علیه بثمن الجاریة کان بمثله فی الاقرار تقبل لما سیاتی فی الکفالة اذا شهدوا انه اقر انه کفل بالف عن فلان فقال
الطالب هو اقر بذلک لکن الکفالة کانت عن فلان آخر کان له ان یاخذه بالمال لانهما اتفقا فیما هو المقصود فلا یضرهما الاختلاف فی السبب
ومثله ادعى انه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل
وان لم یشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدین او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل
وان شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول فی المحیط والعمدة وقال قاضی خان قالوا تقبل عند ابی یوسف رح ولو ادعى قرضا
فشهدوا ان المدعی دفع الیه کذا ولم یقولوا اقبضها المدعى علیه یثبت قبضه کالشهادة على المبیع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلک
بالدفع القول لذی الید انه قبض بجهة الامانة فیحتاج الى بینة على انه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى انه قضاه دینه فشهد احدهما به والآخر
باقراره انه قبضه لا تقبل ولو شهدا جمیعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا انه اشتراها من وکیله لا تقبل وکذا لو شهدوا ان
فلانا باعها منه وهذا المدعى علیه اجاز البیع ادعى انک قبضت من مالی جملا بغیر حق مثلا وذکر سنه وقیمته فشهدا انه قبض من فلان غیر المدعى
تقبل ویجبر على احضاره لانه قال من مالی ولم یقبل قبضت منی فلا یکون ما شهدا به مناقضة فیحضره لیشیر الیه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان
ووجد شرط القبول فی شهادة احدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدین والواحد لا یقوم به الحجة للقاضی وانما قید الاشتراط
بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غیر الشاهد لیس شرط القبول الشهادة لان حقه تعالى واجب
على کل احد القیام فی اثباته وذلک الشاهد من جملة من علیه ذلک فکان قائما فی الخصومة من جهة الوجوب علیه وشاهدا من جهة تحمل
ذلک فلم یحتج فیها الى خصم آخر قال ویعتبر اتفاق الشاهدین فی اللفظ والمعنى عند ابی حنیفة فان شهد احدهما بالف

والآخر بالفین لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا کان المدعی یدعی الالفین وعلى هذا المائة
والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزیادة فیثبت
ما اجتمعا علیه دون ما تفرد به احدهما فصار کالالف والالف والخمسمائة ولابی حنیفة انهما اختلفا لفظا وذلک
یدل على اختلاف المعنى لانه یستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا یعبر به عن الالفین بل هما جملتان متباینان
فحصل على کل واحد منهما شاهد واحد فصار کما اذا اختلف جنس المال قوله ویعتبر اتفاق الشاهدین الخ ای یشترط التطابق



بین کل من الشاهدین کما بین الشهادة والدعوى ایضا لوجوب القضاء الشرط فی مطابقة الشهادتین عند ابی حنیفة رحمه الله فی اللفظ
والمعنى والمراد من مطابقتهما تطابق لفظهما على افادة المعنى سواء کان بعین ذلک اللفظ او بمرادف حتى لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطیة قبلت
لا بطریق التضمن فلو شهد احدهما بالف والآخر بالفین لم تقبل فلم یقض بشئ عند ابی حنیفة رحمه الله وعندهما تقبل على الالف اذا کان المدعی یدعی
الالفین بخلاف ما لو کان یدعی الفا لا یقضی بشئ اتفاقا لانه اکذب شاهد الالفین الا ان وفق فقال کان لی علیه الفان فقضانی الفا او ابراته
من الف وللشاهد لا یعلم بذلک فح یقضی له بالالف على هذا لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائتین او بطلقة وطلقتین وطلقة وثلاث لا یقضی بطلاق
اصلا عنده وعندهما یقضی بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والدرهم والدرهمان وهذا فی دعوى الدین اما فی دعوى العین بانه کان فی الکیس الف
درهم فشهد احدهما ان جمیع ما فی الکیس له وهو الف درهم والآخران نصف ما فیه له وهو الف قبلت شهادتهما ان ذکر المقدار فی المشار الیه
مستغنى عنه ذکره الخبازی بقولهما قال الشافعی واحمد ثم فی روایة عن الشافعی واحمد یستحق الزائد بالحلف علیه لهما انهما اتفقا على الالف
او الطلقة وتفرد احدهما بالزیادة فیثبت ما اجتمعا علیه دون ما تفرد به احدهما وصار کالالف والالف وخمسمائة حیث اتفقنا على انه یقضی
بالالف کذلک وهو انهما اجتمعا على الشهادة بها ولابی حنیفة رحمه الله انهما اختلفا فی لفظ غیر مرادف لان الالف لا یعبر به عن الالفین
ویلزمه اختلاف المعنى فانهما ای الالف والالفان جملتان ای عددان متباینان حصل على کل واحدة منهما شاهد فصار کما اذا اختلف
جنس المال بان شهد احدهما بکر شعیر والآخر بکر حنطة او بمائة بیض والآخر بمائة سود والمدعی یدعی السود لا تقبل على شئ اصلا لان المدعی
اکذب شاهد البیض الا ان یوافق المدعی فیقول کان لی البیض فابراته من صفة الجودة فتقبل ح اما لو کان یدعی البیض ولها مزیة فانه
یقضی بالسود ولم یحکوا خلافا فاذکره فی الخلاصة من الاقضیة وکذا لو شهد المدعی بکر حنطة وقال احدهما جیدة والآخر ردیة والدعوى بالافضل
یقضی بالاقل کذا لو ادعى مائة دینار فقال احدهما نیسابوریة والآخر بخاریة والمدعی یدعی النیسابوریة وهی اجود یقضی بالبخاریة بلا خلاف فیعقل
ویحتاج الى الفرق على قول ابی حنیفة وهو انهما اتفقا على الکمیة والجنس فصار کما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فان قیل لم یقع
جواب قولهما الشاهد بالفین شاهد بالالف فی ضمنها فاجتمعا علیه وتفرد احدهما بالزیادة فلا تقبل اجیب بانه ما شهد بها الا من حیث هی
جزء الالفین وانما یثبت الالف فی ضمن ثبوت الالفین لان المتضمن لا یثبت بدون المتضمن ولم یثبت الالفان فلم یثبت الالف فان قیل
یشکل على قوله ما لو ادعى الفین وشهدا بالف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بین الدعوى والشهادة وهی شرط وعلى قول الکل ما لو شهد احدهما
انه قال لها انت خلیة والآخر انت بریة لا یقضی ببینونة اصلا مع افادتهما البینونة وتقدم ان اختلاف اللفظ وحده غیر ضائر کما لو شهد
احدهما بالهبة والآخر بالعطیة تقبل اجیب عن الاول بان الاتفاق بین الدعوى والشهادة وان اشترط لکن لیس على وزان الاتفاقیة بین الشاهدین
الا یرى انه لو ادعى الغصب او القتل فشهدوا على اقراره به تقبل ولو شهد احدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل فح فقد حصلت الموافقة
بین الدعوى والشهادة فانه لما کان یدعی الفین کان مدعیا الالف وقد شهد به اثنان صریحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفین
لم ینص شاهد الالفین على الالف الا من حیث هی الفان ولم یثبت الالفان وفی المبسوط والاسرار الذی یبطل مذهبهما لو شهد شاهدان بطلقة
یعنی قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضی بینهما قبل الدخول ثم رجعوا کان ضمان نصف المهر على شاهدی الثلث لا على شاهدی
الواحدة ولو اعتبر ما قالا ان الواحدة توجد فی الثلاث کان الضمان علیهما جمیعا ولا یلزم ما اذا قال لها طلقی نفسک ثلاثا فطلقت واحدة
تقع الواحدة لان التفویض تملیک فقد ملکها الثلث بالتفویض الیها فیها والملک یوجد من مملوکه ما شاء کما لو طلقها الفا یقع الثلث بملکه القدر
غیر انه لغى ما فوق الثلث شرعا واما عن الثانی فیمنع الترادف لان معنى خلیة لیس معنى بریة لغة والوقوع لیس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا
ان الکنایات عوامل بحقائقها وهما لفظان متباینان لمعنیین متباینین غیر ان المعنیین المذکورین المتباینین یلزمها لازم واحد وهو وقوع البینونة

وبيانه ان قد تشترك في الازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملها فان هذا يقول وقعت البيع بيع الابوصفها الكلية والآخر لم تقع الابوصفها بيرية والاظهر تقع البينونة هذا كله اذا لم يدع المدعي عقدا اما ان ادعى المال في ضمن دعوى العقد في البيع والاجارة والجواب ما ستعلمه في آخر الباب واعلم ان من المسائل المذكورة في اوقاف الخصاف ما يخالف اصل ابي حنيفة رح ذكرها ولم يذكر خلافا فاجل اشارا الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابدا على ان لزيد ثلث علتها وشهد آخران لزيد نصفها قال اجعل لزيد ثلث علتها الذي اجمعا عليه والباقي للمساكين وكذا اذا سمى احدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر اقل منه احكم لزيد بما اجمعا عليه وكذا اذا شهد احدهما انه قال يعطي زيد من غلة هذا الوقف من كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطي الفا قال اقدر نفقته ونفقة عياله في العام فان كانت اكثر من الالف حكمت له بالالف او الالف اكثر اعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد ان ادخل الكسوة في النفقة ثم اورد على نفسه فقال قلت لم اجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظها قال المعنى فيه اذا اراد الواقف الى ان لزيد بعض هذه الغلة واجعل لها الاقل انتهى فايراده هذا السوال هو الذي ذكرت انه اشار الى انها اتفاقية وان ايراده ليس الا باعتبار قول ابي حنيفة وقوله وقد اختلف لفظها صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس ان الشهادة باطلة انتهى وحاصله انا علمنا استحقاقه بعض هذا المال وترددنا بين اقل واكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر فروع ادعى المبيع عيبا فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد آخر على اقرار البائع به لا يقبل كما لو ادعى عيبا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا يقبل ومثله دعوى الرهن فشهد معاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا يقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعيا فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بها والآخر بالاقرار بها لا يقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض يقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفاء فشهد انه باع بشرط الوفاء والآخران المشتري اقر بذلك يقبل للموافقة لان لفظ حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا اختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك في الاول اوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه من المدعي في يده والآخر في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها لا يقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار به لا يقبل بخلاف ما لو شهد انها جارية والآخر على اقرار ها لا يقبل وبخلاف ما اذا شهد انها جارية والآخر انها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر انها كانت في يده واذا رجعت القاعدة التي تذكر من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه عليم قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطف بعد الهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الاعن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قوله وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى وانفراد احدهما بالشهادة بجملة اخرى منصوص على خصوصها كميتها لا يقدح الشهادة بالالف كما لو شهد احدهما بالف درهم ومائة دينار وهو بهما ولو كان انما يدعي الالف لم يقض بشيء لانه اكذب شاهد الالف وخمسمائة ظاهرا لان السكوت في موضع البيان بيان الا ان وفق فقال كان حقي الفا وخمسمائة فقضاني او ابرأته خمسمائة على نظير ما تقدم واما لم يوفق صريحا لا يقضى بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الاصح



قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه خمسمائة لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وقال في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قوله واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة يقضى بالالف لقبول شهادتهما عليها ولا يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا يقبل الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف في غير المشهور عنه انه يقضى بخمسمائة فقط لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان الدين ليس الا خمسمائة وجوابه ما قلنا يعني قوله لاتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة بخلاف ما لو شهدا بالف وقال احدهما انه قضاه اياه بعد قرضه فانه يقضى بالكل على قول الكل وعن ابي يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكر وا قول زفر كقول ابي يوسف رح في هذه الرواية لانه اكذبه المدعي فهو كما لو فسقه وجه الظاهر ما قدمنا من انهما اتفقا وتفرد احدهما عن آخره لا يلزم من الاكذاب التفسيق بجواز كونه تغليطا له قال القدوري وينبغي للشاهد اذا علم بذلك اي بقضاء الخمسمائة ان لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها لانه لو شهد فاما بالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت انه يقضي فيها بالف وخمسمائة فيضيع حق المدعي عليه وان شهد بخمسمائة يثبت اختلافهما او شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة اصلا على قول ابي حنيفة رح فيضيع حق المدعي فالوجه ان لا يشهد الذي اعترف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه ويشهد بخمسمائة والمراد هنا من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع ابي الليث وانما نص على مسئلة الجامع بعد مسئلة القدوري لانه قد يتوهم ان تفريعهما عليها على رواية ابي يوسف رح التي نقلها يقتضي انه لو شهدا حدهما بالف وقال احدهما قضاه اياها انما لا يقضى بشيء على رواية ابي يوسف رح فذكرها للاعلام بالفرق وقيل لانه قد كان لقائل ان يقول في مسئلة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدما لان في المسئلة الاولى للشاهد ان يقول انما تحملت الشهادة فاحتاج الى الخروج منها وقد قضاه خمسمائة ولكني اشهد كما اشهدت عليه وهو الالف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالالف اما في مسئلة الجامع فالشاهد يذكر ان الشهادة سقطت عنه وليس على ادائها فشهادته باطلة ولا يقضى بالالف فرواية الجامع الصغير ازالة هذه الشبهة واثبت جواز الشهادة واستروح في النهاية فقال التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة التي قبلها ان في مسئلة الجامع احد الشاهدين شهد القضاء المديون كل الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قوله واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران انه قتله يوم النحر بالكوفة لم يقض بواحدة منها فلو لم يجتمعوا بل شهدا انه قتله بمكة فقضى به ثم شهد آخران انه بالكوفة فانه يقتل المشهود عليه اما الاول فلكذب احدهما بيقين ولا اولوية واما الثاني فلا ولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضا بالاولى لا معارض لها اوذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في احدهما نجاسة شك في تعيينه فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع تحريه على الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلوته في الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعي هو الصحة بعد وجوب فيه فلا يؤثر الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال احدهما قتله

بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل وكذا ان شهد احدهما بالفعل والآخر باقراره لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القول غير الفعل الذي هو نفس القتل
ولم يتم على احدهما نصاب وكذا الضرب لو اقع امس بتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة لا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني
اخبارا من الاول ليتحد بالفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشجج والجناية مطلقا والغصب او من باب القول المشروط في صحة الفعل
كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود فاختلافهما في الزمان او المكان او الانشاء والاقرار يمنع القبول لما ذكرنا والمراد من الانشاء والاقرار
انشاء العقد والاقرار به مثاله ما لو ادعى الغصب فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما
في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة
والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول مما يتكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض بجعله على قول المقرض
اقرضتك وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى
عينا في يد رجل انها ملكه وان صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول
على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال كما لو ادعى القتل منذ شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى
القبض مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال اردت من المطلق القبض
من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لان المطلق اكثر واقوى من المورخ فقد شهدوا باقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر ان
من الفعل القبض ومن الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء اول من امس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح اول من
امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله مذهبنا وقال الشافعي واحمد في ظاهر الرواية اختلافهما في الزمان
والمكان يمنع في الكل الا اذا شهدا انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر انه طلقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق
بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا في الزمان والمكان قبلت وكذا لو شهد احدهما بالبيع او الشراء والآخر
على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى
لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان فسالهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك قال واذا شهدا

على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يقطع
في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان
لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر
الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان
في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب
منه فلا يشتبه قوله واذا شهدا الخ صورتها ادعى على رجل انه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا واقام بينة فشهد واحد بسرقة حمراء والآخر
سوداء قال ابو حنيفة تقبل ويقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لا يقطع ولو ان المسروق منه عين لونا كحمراء فقال احدهما سوداء لم
يقطع اجماعا لانه كذب احد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفوا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة
او متباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط
والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال احدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا من الفرق



بين السرقة والغصب بقيل قال لهما انهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فصار كما لو اختلفا في ذكورتها وانوثتها او في
قيمتها لا تقبل كذا هذا وايضا بطريق الدلالة في الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال احدهما سوداء او حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع انه
لا يتضمن قبولها اثبات حد فلان لا تقبل فيما يوجب حدا اولى لان الحد اعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء واما ما زيد من انه لا يثبت
باقل من اربعة فليس مما فيه الكلام اعني السرقة بل يخص الزنا ولابي حنيفة ان بمجرد شهادتهما سرقة البقرة وهو المدعي به بلا ذكر المدعي لونا خاصا
يثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تسقط شهادتهما ويجب الحد
واختلافهما في امر زائد لا يلزمهما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال احدهما سرقها وعليه ثوب احمر وقال الآخر ابيض فانه
يقطع وكما لو اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال احدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة في قبولها الى
التوفيق كما فهمه العلامة السرخسي غير انا تبرعنا بالتوفيق بما ذكر من ان السرقة تكون غالبا ليلا ويرد نظر الشاهد اليه من بعيد وذلك يوجب اشتباه
اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين في البلقاء فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على احد الامرين
فعلى الاول او الثاني اذا اختلفا في المتقاربين وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه وبخلاف
الذكورة والقيمة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيظهر ان المسروق بلغ نصابا او لا ولان ذكر الذكورة دليل على انه من رآه من قرب
وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان في زيادة فقد شعب بها على نفسه فظهر ان هذا التوفيق ليس
احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان الى مكان احتيالا
لاثباته ولان وجه قولهما ادق واحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات الحقوق واجب [illegible]
ضرورة ثبوت السرقة حسبه ان لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذا لم يستلزم وجوب حد قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان

بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف
الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البائع
ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد
فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق
على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه
وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف
صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة
عن الدعوى وان كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع
وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح
ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة ولهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين
السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف
فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين
او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع على انه لا تقبل
لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

قوله ومن شهد لرجل الخ صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل انه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف
وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعني ابا حنيفة هذا باطل الخ ماهناك فقد يظن ان هذا يناقض ما تقدم من ان الشاهدين اذا اختلفا فشهد احدهما
بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي بالف وخمسمائة قضى بالالف بالاتفاق بين الثلاثة وههنا لا تقبل في شيء ولو كان المدعي يدعي الفا
وخمسمائة فلا بد من بيانه وهو ان ذلك فيما اذا ادعاه دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد الا ترى الى قوله في الجامع فينكر البائع البيع
ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من اركانه
فالمركب الذي بعض اجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار اكثر منه ولم يتم على احدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع اصلا ولان المدعي مكذب
احد شاهديه وهو الشاهد بالف وكذا اذا كان المدعي هو البائع بان ادعى انه باعه بالف وخمسمائة فانكر المشتري الشراء فاقام الشاهدين
كذلك لا فرق ان يدعي المدعي منهما اكثر المالين او اقلهما لما بينا من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعي وفي الفوائد الظهيرية عن الامام
الشهيد السمرقندي تقبل لان الشراء الواحد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال
احدهما اشترى بالف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بالف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين الشارحين فيه نوع تامل كانه
والله اعلم لو جاز لزم التقضي البيع بلا ثمن اذ لم يثبت احد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه يجري الخصومة كما لو كانت في الالف وخمسمائة المدعى بها وان كان
السبب وسيلة الى اثباتها ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف هذه والثانية الكتابة ذكرها في الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها
العبد وانكر المولى يعني الكتابة على وزان ما ذكر في البيع زاد المصنف فقال وكذا اذا كان المدعي هو المولى لان دعوى السيد المال على
عبده لا يصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فيصرف انكار العبد عليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا بها فالشهادة ليست
الا لاثباتها الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هي المراة في الخلع والعبد في العتق والقاتل
في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم وان كان الدعوى من الجانب الآخر
وهو الزوج والمولى وولي القتل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه وهو انه اذا ادعى اكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل ان كان الاكثر
بعطف مثل الف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالف والفين فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يقضى بشيء وهذا لانه ثبت
العفو بالعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى الا في الدين والسادسة الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة
لشيء اصلا ان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم يصح لانه ليس للراهن لا حظ له في الرهن اي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما
فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح وان كان المدعي هو المرتهن فهو دعوى الدين وعلمت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا بالايجاب والقبول
فكان كسائر العقود فينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن
فان له ان يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين
فيقبل بينته في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين انتهى ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا اطالبه بالف
وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع
وان كان هكذا اطالبه باعادة رهن هكذا او كذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه او سرقه مثلا فلا شك ان هذا دعوى العقد فاختلاف
الشاهدين في انه رهنه بالف او الف وخمسمائة وان كان زيادة توجب ان لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يختلف به والسابعة الاجارة
ان كان في اول المدة فهو كالبيع فان ادعى المستاجر والآجر انه آجره هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا يثبت
الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا يثبت الاجارة وان كانت



بعد مضيها استوفي المنفعة او لم يستوف بعد ان تسلم وان كان المدعي هو الآجر فهي دعوى الاجرة فان شهد احدهما بالف والآخر بالف
وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعي يدعيهما لا يقضى بشيء عنده وعندهما
بالف وان كان المدعي هو المستاجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة ويقضى عليه بما اعترف به ولا يعتبر اتفاق الشاهدين واختلافهما
فيه ولا يثبت العقد لاختلاف الثامنة النكاح وقد علمت ان النكاح اجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد احدهما انها زوجت
نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى انها زوجت نفسها منه فشهدا ان وكيلها فلان بن فلان زوجها لان لفظ زوجت نفسها يصدق به
في العرف وقد اطلق محمد في الجامع عن ابي حنيفة فقال فاما النكاح فان ابا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على الف وخمسمائة
وشاهد يشهد على الف جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمائة فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل ايضا فمشى المصنف على اطلاقه
فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج او الزوجة وجعله الاصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا تصح باتفاقهم لانه دعوى
العقد اذ الزوج لا يدعي عليها الا كون الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لابي حنيفة ان المال تابع في
النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في هذا بل في التبع ولو وقع في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه وح
يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقتضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وايضا اجرى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر
فتصح الصحة سواء ادعى المدعي الاقل والاكثر وهذا مخالف الرواية قال محمد في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة
بالف وهي تدعي الفا وخمسمائة والمفهوم معتبر رواية ولقوله ذلك ايضا يستتبع لزوم التفصيل بالمدعى به بين كونه الاكثر فيصح عنده او الاقل
فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققو المشايخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد جواب قول ابي حنيفة
بالجواز بما اذا كانت هذه المدعية للاكثر ادونه فان الواو فيه الحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين الف
فروع هي قسمان قسم من الاختلاف بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء
فشهدوا له بالملك المطلق لا تقبل وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن فلان وذكر شرائط التعريف
اما لو جهله فقال اشتريته فقط او قال من رجل او من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت وذكر في فتاوى رشيد الدين في القبول خلافا
ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب يقبل كذا اطلقه في الجامع الكبير وزاد في الاجناس في القبول ان القاضي يسال المدعي الملك لك
بهذا السبب الذي شهدوا به ان قال نعم قضى وا لا فلا وفي الدعاوى والبينات اذا قبل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد
بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لا يسعه ذلك ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى ابيه
وجده مع القبض فقال وقبض منه فشهدوا بالملك المطلق ففي الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادي فيه اختلافا قيل تقبل لان دعوى
الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها كالمطلق
الا يرى انه لا يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا في شرح الحيل للحلواني لكن في المحيط
ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الائمة محمود الاوزجندي يقول لا تقبل كما في دعوى العين بسبب وشهدوا
بالمطلق قال وفي الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا
على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب كل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا
على الملك بسبب يقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به اولا فتقبل اما النكاح فلو ادعى على امراة انها امراته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا انها
منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر المسمى او اقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال والباقي بحاله

قضى بالنكاح فقط ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء او هبة او غيرهما فهو ملك حادث وان ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدا جميعا بالمطلق وفيها لو ادعى النتاج فشهدوا على المطلق تقبل ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج لا تقبل لان دعوى الملك المطلق دعوى اولية على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على الاولية على اليقين فشهدوا باكثر مما ادعاه فلا تقبل قال وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى على النتاج اولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق اولا ثم النتاج لا تقبل وفي المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهد عليه بسبب حيث تقبل انتهى والمشكل انه لو ادعى النتاج فشهدوا بالسبب آخرا انه لا تقبل وفي الفصول القاضي اذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم قال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا دارا فقال قبضته منى من شهر فشهدوا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغي ان يستثنى ما اذا ارخ ففي الخلاصة ادعى دارا فى يد رجل انها ملك ابيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا انه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل الا اذا وفق وقال اشتريتها منه سنتين وبعتها من ابى منذ سنة ثم ورثتها منه واقام البينة على هذا التوفيق واذا ارخ احد الشاهدين دون الآخر لا تقبل في دعوى الملك المورخ وتقبل في دعوى غير المورخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وارخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو ارخ المطلق بان قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى انه قبض منى عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل وكذا على انه قبض في الحال وعليه شهدوا وقد مرّ من مسائل القبض شيئا دار في يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى او قبلها وغاب احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا و فى يده نصفها مقسومة فشهدوا ان له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها اكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال صدقوا لكني بعت ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وادب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا او قال بالفارسية اين مقدار زر مر اين مدعى عليها بود مراين مدعى را ينبغي ان تقبل كما فى دعوى العين انتهى ونظيرها في دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا نشهد ان هذا قد ملكه تقبل كما لو قالوا نشهد انه ملكه في الحال قال ولا يجوز للقاضي ان يقول امروز ملك وى ميدانيد انتهى ومعنى هذا الا يحل للقاضي ان يقول هل تعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول بل تعلمون انه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من ابيه ولم يتعرضوا للملك في الحال او شهدوا انه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال يقبل ويقضى بالعين للمدعى لكن ينبغي ان يسألهم القاضي الى آخر ما ذكرنا وكذا اذا ادعى ان هذه زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا باليد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما اسلفنا وعن ابي يوسف يقضى بها وخرج العمادي على هذا المنقل من الواقعات لو اقر مديون رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدى الاقرار يشهدان انه كان له عليه دين ولا يشهدان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه ان لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه وان له عليه في الحال ان صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان انه كان له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعهما من احدهما



دون الآخر معنى والذى يقتضيه الفقه انهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين انه قضاه ذلك الدين الذى اقر به عندهما بعينه بطريق افادتهما ذلك ان لا يشهدا الا كما عرف فيما اذا علم شاهدا الالف انه قضاه منها خمسمائة لا يشهدا حتى تقر بقبضها والله اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بان قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا انها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على ان ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهد اذا شهد ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما اذا لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما انتقاله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان ثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهد على النقرة والوزن ولم يذكر جيدة او ردية او وسطا تقبل ويقضى بالردى بخلاف ما لو ادعى بغير دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة او منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها لو ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدهما عليه بذلك والذى لى عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اى اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان بمثله في الاقرار تقبل لما ذكرنا وان المسئلة المذكورة قبلها وهي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان ياخذه بالمال لان اختلافهما فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه آجره دارا و قبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضى خان قالوا تقبل عند ابي يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض لذلك يكون القول للذى اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض اذا ادعى ولو ادعى انه قضاه دينه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء داره من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع او ادعى انك قبضت من مالي حملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعى عليه تقبل فيجبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ما شهدا به خلاف ما ادعاه فيجبر ليشير اليه بالدعوى القسم الثانى اختلاف الشاهدين ادعى بالمبيع عيبا فشهد احدهما انه اشتراه به هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذى اليد انه ملكه لا يقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا يقبل قال ظهير الدين الرهن فى هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهد باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفاء فشهد انه باع بشرط الوفاء والآخر ان المشترى اقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صداقها فقال وهبتني اياه فشهد احدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول اوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه ان المدعى به فى يده والآخر انه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد انها داره والآخر على اقرار ذى اليد انها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل واذا عرفت القاعدة التي اسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه اعلم

فصل في الشهادة على الارث وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحي عن ميت على الشهادة بملك متجدد لحي عن حي ظاهر
قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه
مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك
للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية
الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك
المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت
الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل
وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك
بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل
حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا
انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت
بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك
لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي
مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قوله ومن اقام بينة الخ اختلف علماؤنا في انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك
الميت على الجر والنقل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعي فعند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد نعم
وجه قول ابي يوسف ما ذكره المصنف له هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب فيما
عليه ويصير مغرورا ان كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى امر زائد يشترط للقضاء به له وقد
ظهر بهذا محل الخلاف هو شهادتهم انه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدوا انها لابيه لا تقبل ذكره محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند
ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة و
يحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير ولو زكوة او كفارة فلا بد من ذكرها الجر والانتقال غير انه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل
اما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له او شهدوا بالملك للمورث عند الموت او بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت ولا يخفى ان ابا يوسف
يعترف بان ملك الوارث متجدد ولكن تجدده لازم شرعي لما شهدوا به فلا حاجة الى ذكره في شهادتهما اذا عرف هذا فالمسألة التي ذكرها
المصنف اتفاقية وهو قوله ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه
مات وتركها ميراثا له اما على قول ابي يوسف فظاهر واما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت او اليد وقت الموت
يقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسألة الكتاب لانه اثبت اليد عند الموت حيث شهد انها معارة منه او مودعة عند الموت
لان يد المستعير والمودع والمستاجر كيد المعير واخويه وقد طولب بالفرق بين هذا وما اذا شهد المدعي ملك عين في يد رجل بانها
كانت ملك المدعي او انه كان ملكها حيث يقضى بها وان لم يشهدا انها ملكه الى الآن وكذا لو شهد المدعي عين في يد انسان انه
اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فان شهدا



بملكه قضي للمشتري به وان لم ينصوا على انها ملكه يوم البيع وهذه اشبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب انهما
اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا للاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث
بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع
وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لان الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا
الى الشراء وهو ثابت بالبينة اما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس
سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه اعلم هذا اذا شهدا انها كانت معارة او مودعة فلو شهدا انها كانت
في يد ابيه مات وهي في يده والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف انها كانت في يد فلان يعني ابا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضى
بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له ولان اليد وان تنوعت الى يد غصب وامانة وملك فانها
عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف ان كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكا يصير ورثته
مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع اليدان في ملك مالك والوديعة والمغصوب منه هذا اذا شهدا كذلك للميت فلو شهدا لحي ادعى عينا في يد شخص كذلك
اي شهدا انها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر او اقل او اكثر ولم يذكرا وقتا قال ابو يوسف هي كالتي للميت فيقضى للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضى بها
للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف ان اليد المقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة انها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمه في الفروع استصحابا
لملكه الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا لليد الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا انه اخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول
ابي يوسف وهو وجه قولهما ان الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان ولم يلزم احدها بعينه لترتفع الجهالة
فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف مثلها في الميت لانه لزم احدها بعينه بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء بخلاف الاخذ
فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو اخذ الى ان يقترن به ثبوت انه اخذ حقه قال عم على اليد ما اخذت حتى ترده فيقضى به وايضا اليد
معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح المدعى عليه فلا يقضى به للمدعي واستشكل عليه الخارج مع ذي اليد وكذا بينة
مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث يترجح بينة الخارج مدعي الملك اجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق
بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله ان المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استقلال الثاني
بتامل يسير وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان
انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم قوله وان اقر الى آخره يعني لو قال المدعى
عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة
الاقرار بل يصح ويلزم البيان فانه لو قال لفلان علي شيء اصح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان ان المدعى عليه اقر بانها كانت في يد المدعي
تقبل لان المشهود الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهو لا يمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه ان له عليه
شيئا جازت ويؤمر بالبيان تتمة شرط الشهادة بالارث ان يشهدوا انه كان لمورثه فلو قالوا لمورثه انه تقدم ان محمدا قال لا يصح ولم يحك خلاف
لان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت محال وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول ابي يوسف وهو
غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد بهذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد ان يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز
بالتسامع وان بينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لابيه او لامه او لهما لان الارث يختلف باختلاف
الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات ابوه وتركها ميراثا له ولم يشترط ابو يوسف على ما عرف في الخلافية

بخبراته يسأل البينة عن عدم الورثة للقضاء وإذا شهدوا انه كان لابيه تركه ميراثا ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال
دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه او يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر اولا ثم يقضي بكله وان كان نصيبه يختلف
في الاحوال يقضي بالاقل فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضي بالاكثر
وهو الظاهر الاول وليس الاصل ان لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى
عند ابي حنيفة خلافا لهما فروع اذا شهد اثنان ان هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا
سببا الارث وكذا اذا شهدا انه اخوه او عمه او ابن عمه او جده او جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة انه لاب او شقيق و
ينسب الميت والوارث حتى يتلقيا الى اب واحد ولا يذكرا ايضا انه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد قيل يشترط والفتوى
على انه لا يشترط وقوله وارث وكما كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن ابن الميت او بنت ابنه لا بد من ذلك
وفي الشهادة انه مولاه لا بد من بيان انه اعتقه ولا يشترط ذكر اسم ابي الميت حتى لو شهدا انه جد الميت ابو ابيه ووارثه ولم يسموا ابا الميت
قبلت وفي الاقضية شهدا انه جد الميت وقضي له ثم جاء آخر وادعى انه ابو الميت وبرهن فالثاني احق بالميراث شهدا انه اخو الميت ووارثه
وقضي به ثم شهد هذان لآخر انه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما اخذ الاول من الارث ولو شهد آخران ان الثاني ابن الميت
تقبل وفي الزيادات شهدا ان قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط
ويسأل المدعي عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء للاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين انه وارثه فان كان اقرب
من الاول قضي للثاني وان كان البعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني ابا قضى بالميراث بينهما
على قدر حقهما لامكان العمل بهما والله الموفق والمعين

## باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان احكام شهادة الاصول شرع في بيان احكام شهادة الفروع قال
الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة قوله الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة فخرج
ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص واما التعزير ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة
ونص الفقيه ابو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضي خان الشهادة على الشهادة
جائزة في الاقارير والحقوق واقضية القضاة وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال احمد والشافعي في قول واصح قوليه وهو
قول مالك تقبل في الحدود والقصاص ايضا لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم
وسيندفع وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة
على الشهادة ادى الى التواء الحقوق ولهذا اجوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من
حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص قوله وهذا استحسان اي جواز الشهادة على الشهادة والقياس ان لا يجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليس للمشهود
له حتى لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز ولان كون قول انسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه اليه وهو نفيه
دبر ائمة انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون
حجة لذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلفت محل الاداء
فان محله في الاصلين في اثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى لكن



لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته او غيبته او مرضه فيضيع الحق اثبتها اهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بجنس الشهود
بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول المدعي جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد
انقرض الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما اوجب الشرع الاحتياط في دريه وهو الحدود والقصاص لو اخبرنا
فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلاف الشرع والمص علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا
لو كانت بدلا لم تجز شهادة اصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيء منه واجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فان علمنا بثبوت
المشهود به للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة اخرى لا تجب الشهادة الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى
ما فيه وبعد تحمله هذا ان يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتأمل يسير فلا يكون تعليلين وهو خلاف ما ذكر المص لا جرم ان اصل السؤال غير وارد
لانه انما يرد على حقيقة البدلية والمص انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين ان
قاضي بلدة كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان اجيب بان لا نقضي فان الشهود في فعل القاضي وهو ما يثبت مع الشبهات
والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع اسبابها الموجبة لها فما ورد ان فعل القاضي موجب لردها ورد بها من حده فهو موجب للحد
اجيب بالمنع بل الموجب لردها اذا كان من حده فهو ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على ان في المحيط ذكر محمد في الديات لا تقبل
هذه الشهادة ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين
قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين فاما قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل
شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على
مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قوله ويجوز شهادة شاهدين او شهادة رجل وامرأتين على شهادة شاهدين يعني
اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما على شهادة هذا وشهادتهما ايضا على شهادة الآخر اما لو شهدا على شهادتهما
بمعنى شهد واحد على شهادة اصل والآخر على شهادة الاصل الآخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب اصحابنا لكن في كتب اصحابه
انه لا يجوز وفي الجملة ان على قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحاق تجوز الشهادة لان الفرع
قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضاء كانه شهد بنفسه واعتبروه برواية الاخبار ولنا ما عن علي لا يجوز على شهادة
رجل الا شهادة رجلين ذكره المص وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن حسين بن ضميرة
عن ابيه عن جده عن علي قال لا تجوز على شهادة الميت الا رجلان واسند ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز
شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد ان يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت
امرأة شاهدة مع الاصول لا تجوز على شهادتها الا رجلان او رجل وامرأتان وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز واختاره المزني لان
الفرعين يقومان مقام اصل واحد كالمرأتين فلا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لا يقضى بشهادتهما ولان احدهما لو كان اصلا
فشهد بشهادته ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا يجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعي يجوز كقولنا
وهو قول مالك واحمد لما روينا من قول علي فانه منتظم باطلاقه محل النزاع ولان حاصل امرهما انهما شهدا بحق هو شهادة احد الاصلين ثم شهدا
بحق آخر هو شهادة الاصل الآخر والمانع من ان يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف اداء الاصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الاصل الآخر مع آخر
فانه انما يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد بشهادته وشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث تجوز وقوله وهو حجة على مالك
فيه نظر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وانما نقل هذا عن احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري

وعثمان البتي واسحق لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله كما قدمنا وما ذكره المصنف رواية عنه وانما تقبل هذا ممن تقدم في الحلية لما تقدم
من ان الفرع كرسوله وكرواية الاخبار روي رفعه ما ذكرنا عن علي رض وان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن احمد
لا بد من اربعة فروع ليشهد كل فرع على واحد من الاصليين وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني
اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر
ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له
الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده
بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا
واقصر منه وخير الامور اوسطها قوله وصفة الاشهاد اي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع ان يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه انما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع لانه كالنائب عنه فلا بد
من الاستنابة وذلك بالتحميل بخلاف شاهد الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امرا غير الشهادة له ان يشهد به وان لم
يحمل كالاقرار والبيع والغصب على ما سنبين في فصل ما تحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نائب عنه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة
فرعين على شهادة اصل واحد لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز قوله ولا بد ان يشهد اي شاهد الاصل عند الفرع قوله كما يشهد
شاهد الاصل عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله واشهدني يعني المقر على نفسه
بذلك جاز لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر فيقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان ويعرفه اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك فلا بد من ذكر الفرع جد شاهد الاصل فلزم فيه خمس شينات وذلك لانه لا بد للفرع
في شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل قال المص ولها اي ولشهادة الاداء من الفرع بلفظ اطول من هذا واقصر الاطول فان يقول اشهد
ان فلانا شهد ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا الآن اشهد على شهادته بذلك
فيلزم ثمان شينات واما الاقصر فان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا ففيه شينان وهو اختيار الفقيه ابي الليث
واستاذه ابي جعفر وحكي فتوى شمس الائمة السرخسي به وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكي ان فقهاء زمن ابي جعفر خالفوا
واشترطوا زيادة تطويل فاخرج ابو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد احد على هذا كان اسهل وكلام المص
يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر ان ثم اطول منه واقصر ثم قال وخير الامور اوسطها وذكر ابو نصر البغدادي
شارح القدوري اقصر آخر بثلاث شينات قال ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاثة الفاظ وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا ثم قال وما ذكره صاحب الكتاب يعني القدوري اولى واحوط ثم حكى خلافا بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف
وان قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند ابي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز قال وجه قولهما انه اذا لم يقله احتمل
ان يكون امره ان يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل انه امره على وجه التحميل فلا يثبت النائب بالشك ولابي يوسف ان امر الشاهد
محمول على الصحة ما امكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم
للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة اشهد لي على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا بد
ان يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب ان يذكروا اسماء الاصول واسماء آبائهم واجدادهم حتى
لو قالا اشهدنا رجلين نعرفهما اشهدانا على شهادتهما انهما يشهدان بكذا او قالا لا نسميها او لا نعرف اسماءهما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة



لا عن معرفة ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل
وهذا ظاهر عند محمد رح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما
لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قوله ومن قال اشهدني الخ اي قال شاهد عند آخر اشهدني فلان على
نفسه بكذا لا يسع للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك ووجه المص بانه لا بد من التحميل اما عند محمد فلانه يقول
باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا ان محمدا يخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ
من انه يضمن الكل معا فان اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الاصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على
الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع ايضا بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب بتخير المغصوب منه في تضمين
ايهما شاء فان ضمن الغاصب يرجع على غاصبه واما عندهما فلانه لا بد من التحميل لانه لا بد من النقل يعني الى مجلس القاضي ليصير حجة فيظهر
بالنقل تحميل ما هو حجة يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي ان وجوب التحميل لوجوب النقل والنقل لا يتحقق الا بالتحميل حتى لو سمع شاهدا
يقول لرجل اشهد على شهادتي الخ ليس له ان يشهد على شهادته لانه انما حمل غيره بحضرته فاذا نقل ظهر للقاضي انه وجد الشرط وهو التحميل فيثبت
عنده الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا او على فلان فانه يجب ان يشهد على قضائه بلا تحميل لان قضاءه حجة كالبيع والاقرار
بخلاف الشهادة ليس نفسها حجة حتى تصل الى القاضي ولقائل ان يقول كون النقل الى القاضي والحجية يتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج
الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو منتف على الاصح عند الشافعية والا فالاتفاق على ان من سمع اقرار رجل له ان يشهد عليه بما سمع منه
وان لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فاخراج الاقرار بشهادة الشاهد شهادته على فلان يحتاج الى كل دليل من الشرع وذكر في
الفتاوى الظهيرية في وجهه امر آخر وهو ان الاصل له منفعة في نقل شهادته فان الشهادة حق عليه يلزمه اداؤه اذا طلب منه من هي
له ومقتضى هذا انه لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضاء دينه جاز وان لم يكن بامره لكن فيها مضرة اهدار
ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على امره ورضاه فيشترط كمن له ولاية النكاح صغيرة لو نكحها انسان لا بامره لا يجوز لذلك قال
ولا تقبل شهادة شهود الفروع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه
حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد
المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في
مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني
ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام ولياليها فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبر بالسفر لان المعجز بعد المسافة فقدرت بمسافة
اعتبرها الشارع بعيدة حتى اثبت رخصا عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة وعن ابي يوسف انه
لو كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح شهادة الفروع احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن يعني من جهة الدليل لموافقته
لعلم الشرع والثاني ارفق احياء لحقوق الناس وفي الذخيرة كثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية وبه اخذ الفقيه ابو الليث وذكر محمد في السير الكبير
وعن محمد تجوز الشهادة كيف ما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية اخرى تقبل وقال الامام السرخسي
وغيره يجب ان يجوز على قولهما خلافا لابي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضى الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح بخصمه
فقال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر فرع فرع خرس الاصلان او عميا او ارتدا والعياذ بالله او فسقا لم تقبل شهادة الفرعين

ويجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه في رواية وان صحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح
وتقبل الشهادة على الشهادة في النسب وكتاب القاضي الى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد احدهما على شهادة
نفسه في ذلك الحق فهو باطل فان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانها لو قبلت ثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة
ارباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الاصل الغائب ولا يجوز ان يثبت بشهادة الواحد ثلثة ارباع الحق كذا ذكره
الامام السرخسي ولم يزد في شرح الكافي على تعليله بان شهادته بشهادة نفسه اصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان بخلاف ما لو شهد واحد
على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهدا على شهادة رجلين لشئ ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة
صح النهي عند عامة المشائخ وقال بعضهم لا يصح والاصح الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وان كثر واسمعنا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم
نصب حاكم غيره اما ان يشهدا ان القاضي قضى عليه وان كان سمعاه من القاضي في المصر او سواده في رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو
القياس وعن ابي يوسف لا يجوز ان سمعاه في غير مجلس القاضي وهذا احوط **قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم
من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته
لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة
قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة
فان لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا تعرف
القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا** قوله فان عدل شهود الاصل الخ شهود الاصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل وحاصل
انه اذا شهد الفرعان فان علم القاضي عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة الاصول وعلم عدالة الفروع سال
الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوهم جاز لانهم من اهل التزكية فيقبل وكذا لو شهد اثنان فعدل احدهما وهو معلوم العدالة للقاضي الآخر جاز
خلافا لقول بعض المشائخ انه لا يجوز لانه متهم في ذلك حيث كان تعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما اشار اليه المصنف بقوله
غاية الامر ان فيه منفعة الخ لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه يعني ان شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها لكنها لما
لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه وان سكتوا اي الفروع عن تعديل الاصول حين سألهم القاضي جازت شهادة الفروع
ونظر القاضي في حال الاصول فان عدلهم غيرهم قضى والا لا دون تعديلهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد اذا سكتوا او قالوا لا نعرف عدالتهم
لا تقبل شهادة الفروع لان قبولها باعتبار انها نقل شهادة ولم يثبت شهادة الاصول فلا يقبل شهادة الفروع ولابي يوسف ان الماخوذ
اي الواجب على الفروع ليس الا النقل ما علمهم الاصول دون تعديلهم فانه قد يخفى حالهم عنهم فاذا نقلوا ما حملوهم على القاضي ان يتعرف حالتهم
غير ان الفروع حاضرون وهم اهل التزكية اذا كانوا عدولا فسوالهم اقرب للمسافة من سوال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة
والا احتاج الى تعرف حالهم من غيرهم هكذا ذكر الخلاف الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف وصاحب الهداية وذكر شمس الائمة
فيما اذا قال الفروع حين سالهم عن عدالة الاصول لا نخبرك لم تقبل شهادتهما الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما لو
قالوا نتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروى عن محمد انه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن ابي
يوسف مثل هذه الرواية عن محمد انها تقبل ويسال غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره ابو علي السغدي وذكر
الحلواني انها تقبل ويسال عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسال عنه وذكر هشام عن محمد في عدلين شهدا على شهادة شاهدين
ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدري اهو على عدالته ام لا فشهدا على ملك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله ان كان الاصل



مشهورا كابي حنيفة وسفيان الثوري وقضى بشهادتهما عنه لان عثرة المشهور يتحدث بها وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو ان فرعين معلوما
عدالتهما شهدا عن الاصل وقالا لا خبر فيه وزكوة غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك احدهما لا يلتفت اذا جرحه ففي التتمة اذا شهدا انه عدل
وليس في المثل من يعرفه فان كان ليس موضع المسألة يعني ان يخفي فيه المسألة سالها عنه او بعث من يسالها عنه سرا فان عدلاه قبل والا اكتفى
بما اخبراه علانية **قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين
وهو شرط** قوله فان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع لان انكارهما الشهادة ان كان للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في
التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض **واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان
الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان
انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها
بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان
على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه قال
وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته
ينفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد
منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ
لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة
خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى** قوله واذا شهد رجلان على
شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فيقولان قد اخبرانا انهما يعرفانها وجيئا بامرأة
فيقولان ما ندري اهي هذه ام لا قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها فاخبر الشهادة والمص افرد فقال فجاء بامرأة
يعني المدعي جاء بها وهو السبب هذا لان الشهادة بالالف على المعرفة بالنسبة وقد تحققت بالشهادة المذكورة للفروع والمدعي يدعي الالف
على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة التي هي شاهد بالالف عليها قال المص ونظير هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدود
قال قاضي خان وهذا كرجلين يشهدان ان فلانا اشترى دارا في بلد كذا الحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين
يشهدان ان هذه الدار المحدودة المذكورة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصوير اوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع
محدود وذكر التمرتاشي تصويرا كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهوده ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق
فقال المدعى عليه الذي في يده غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعي هات شاهدين ان الذي في يده محدود بهذه الحدود ثم
تصوير المص يصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والمحدود في يد المشتري فادعاه لطلب الشفعة فقال المشتري الذي في يدي بطريق الشراء
ليس بهذه الحدود ثم قال المص قال يعني محمدا في الجامع الصغير وكذلك كتاب القاضي فانه ذكر فيه المسئلتين فانه قال بعد قوله تا خبر الشهادة
وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين وقال ابو حنيفة ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها الى هنا
لفظ الجامع الصغير يعني ان القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي ان لفلان بن فلان على
فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم [illegible] بذلك فاحضر المدعي امرأة في مجلس القاضي المكتوب اليه [illegible]

المكتوب اليه حاضرتين ان التي احضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذه الكتاب لتمكن الاشارة اليها في القضاء عليها
وقوله الا ان القاضي الخ جواب عن مقدر وهو انه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع
شهد على الاصول بما شهدا به فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل
ثم قال المص قال ولو شهدوا فلفظ قال الصاحل ما ذكرنا من قول المص نقلا للفظ الجامع على ما نقلناه آنفا اي قال في الجامع قال ابو حنيفة رح
لو قالوا في هذين البابين اي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها
اي فخذها يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها اخص منها وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة
وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع افخاذ وجعله في ديوان الادب بكسر الخاء وانه اقل من البطن ولذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال العرب
على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع
الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي
بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولذا قال الله تعالى وفصيلته التي تؤويه
وقدمنا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة ايضا العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين واسلفنا هناك ذكرها في منظومة في شعر
ثم انما لم يكتف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضي خان ان حصل
التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفى بذلك وفي الفصل العاشر من فصول
الاستروشني رايت بخط ثقة لو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلثة اشياء فعلى هذا لو ذكر اسمه ولقبه واسم
ابيه هل يكفي فيه اختلاف المشائخ والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذ اقضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل
مجتهد فيه قال كذا رايت في بعض الشروط ولا يخفى ان ليس المقصود من التعريف ان ينسب الى ان يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبه
الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك وانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم ابيهما وجدهما وصناعتهما
ولقبهما فما ذكر من قاضي خان من انه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى بذلك الاوجه منه ما نقل في الاصول من ان شرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء
غير انهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد او لا ونظير ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة الى جد مشهور
مثل ان يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره ابو الليث وقيل السمرقندية والبخارية عامة بخلاف الاوزجندية وقيل فالنسبة الى السكة الصغيرة
خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة قال المص ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف في عدم اشتراطه ذكر الجد
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى اي الجد الاعلى في ذلك الفخذ خاص فنزل منزلة الجد الخاص
وهذا التعليل لقول ابي حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها فانه ذكره فيما اذا قالا
فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد فعلم ان الفلانية تقوم مقام الجد اذا كان تنسب نسبه الى اخص الآباء

فصل قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقال نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي لهما ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها
حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهره ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان
مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول
على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح فانه كان يبعثه الى سوقه



ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقولون ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا
وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس
على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور
لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك
بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم قوله قال ابو حنيفة شاهد الزور الخ اخر حكم شهادة الزور لانها خلاف الاصل
اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره
بذلك ولا يحكم به برد شهادته بمخالفة الدعوى او الشاهد الآخر او تكذيب المدعي له اذ قد يكون محقا في المخالفة او للمدعي غرض في اذائه وزاد
شيخ الاسلام ان يشهد بموت واحد فيجيء حيا ولو قال غلطت او ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه
شاهد زور وقال ابو حنيفة رحمه الله يعزر بتشهيره على الملا في الاسواق ليس غير وقالا نوجعه ضربا ونحبسه فصار معنى قوله ولا اعزره ولا اضربه
والحاصل الاتفاق على تعزيره غير انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك اشد عليه من الضرب خفية وهما اضافا الى ذلك
الضرب والحبس لهما قال الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي ان عمر رض ضرب شاهد الزور اربعين سوطا رواه ابن ابي شيبة ثنا
ابو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن ابي مالك ان عمر رض كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه
ويحلق راسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول ان عمر رض ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وقال اخبرنا يحيى بن العلا
اخبرني الاحوص بن حكيم عن ابيه عن عمر بن الخطاب رض امر بشاهد الزور ان يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل ووجه الاستدلال
بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر اما من لا يراه فبوجهين احدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس بشيء لان الانكار لا يتجه فيما
طريقه الاجتهاد واذا فرض انه اداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على المجتهد في محل اجتهادي فلا حجة في هذا السكوت والثاني انه اتى
كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري انه صلى الله عليه وسلم قال الا اخبركم باكبر الكبائر قالوا بلى
يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس قال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت
وقرن تعالى بينها وبين الشرك قال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كان كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيه التعزير
وهذا لا ينتهض على ابي حنيفة فانه يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قد قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق انه منتهض عليه
بنفي الضرب وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد يثبت الزيادة فيه به ولابي حنيفة ان شريحا رضي الله عنه
كان يشهر ولا يضرب روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار انا ابو حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم عن جدته عن شريح انه كان اذا اخذ
شاهد الزور فان كان من اهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقرئكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان
كان من العرب ارسل الى مجلس قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع ثنا
سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور الى مسجد قومه والى السوق ويقول انا زيفنا شهادة هذا وفي لفظ كان تكتب
اسمه عنده وقال الخصاف في ادب القاضي ثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فادخل
بين وكيع وابي حصين سفيان وقد يقال ليس في هذه ما يصرح بانه لم يضربه بل فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا هذا
المحتمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن راسه وخفقه بالدرة خفقات
وبعث فيه الى مسجد يعرفه الناس غير ابا حنيفة رضي الله عنه قال ان فرضنا انه وقع الضرب وقد قلنا انما يعرف شاهد الزور باقراره

فكان ذلك قبل ان يدرى شاهد الزور الراجع انه يفعل به ذلك فقد كان يظن انه لا يحبس ولا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا في النفوس يكون صارفا لها عن الرجوع وحاملا على التمادي فوجب ان يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد انه لم بانه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز ان يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر واما الجواب بان ما روي من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له ان يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر رضي الله عنه الى عماله في البلاد واما الاجتهاد للاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحدود فليس بشيء لان ذلك مختلف فيه من العلماء من يجيزه وقد اجاز عالم المذهب ابو يوسف رحمه الله ان يبلغ به خمسا وسبعين وتسعا وسبعين فجاز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك واما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه ان المثلة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم انه قد قيل ان المسئلة على ثلثة اوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل ان يقول لهم شهدت في هذه بالزور ولا ارجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة رضي الله عنه في التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعي الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب لم يخالف فيه ابو حنيفة رضي الله عنه والتسخيم بالجر عطف على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفي المغني ولا يسخم وجهه بالخاء والحاء

# كتاب الرجوع عن الشهادات

لما كان هذا ايجاب رفع الشهادة وما تقدم ايجاب اثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك للموازاة بينهما والا فليس هذا ابواب لتعدد انواع مسائله ليكون كتابا لكمال ذاك ولتحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب ان يجعل تعليمه بعده كما ان وجوده بعده وخصوص مناسبته بشهادة الزور هو ان الرجوع لا يكون غالبا الا لتقدمها عمدا او خطأ قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض قوله واذا رجع الشهود عن شهادتهم سقطت عن الاعتبار فلا يقضى بها لان كلامهم متناقض حيث قالوا نشهد بكذا ما نشهد به ولا يقضي بالمتناقض ولانه اي كلامه الذي ناقض به هو الآخر في احتماله الصدق كالاول فليس القضاء باحدهما بعينه اولى به من الآخر فوقف كل منهما فلو قالوا ولا يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء او بعده ولانه لا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في انه توبة عن تعمد الزور ان تعمده او التهور والعجلة ان كان اخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه قوله ولا ضمان عليهم لانهم لم يتلفوا شيئا على المشهود له ولا عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد قوله فان حكم الخ اذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من ان الكلام الثاني ليس باولى من كلامهم الاول ولا الاول اولى من الثاني فتعارضا ولا مرجح قبل الحكم لاحد الكلامين فلا يحكم باحدهما وبعده ترجح الاول لاتصال القضاء به لانه مؤكد بحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الاقوى بالادنى لكن عليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم وانما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم اعني القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بانه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان ابو حنيفة رحمه الله



اولا يقول ينظر الى حال الشهود وان كان حالهم عند الرجوع افضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق انفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء او دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول استاذه حماد بن ابي سليمان ثم رجع الى انه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال ولا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم سواء كان هو القاضي المشهود عنده او غيره وزاد جماعة في صحة الرجوع وان يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه اشار المصنف حين قال واذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما انهما لم يرجعا لا يحلفان وكذا لو اقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا واقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الا عن دعوى صحيحة ثم قال حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعده بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع او بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر انه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس واشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا ان لزوم المال عليه كان بعد الرجوع ولو اقر في مجلس قاض انه لو رجع عند قاض كذا صح باعتبار هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذي اسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضي بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحاكم في صحة الرجوع وجهين اولهما ان الرجوع فسخ للشهادة فلما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابداء الفرق بان اشتراط المجلس ليتصور الاداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله اقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء واجاب في النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه وهذا ايضا مما يحتاج الى اثبات الملازمة مع ان الاتفاق ان شرط ذلك في فسخ البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراد موقوف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن ثبوته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد اورد على ما ذكره من ان شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه واجاب بمثل ما ذكرنا من ان ذلك لامر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كيلا يلزم الافتراق عن الكالئ بالكالئ وذلك غير لازم في فسخه ولذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه وهذا نحو ما ذكرنا من ان شرط المجلس ابتداء ليتصور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمم الجواب بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع لان الرفع يرد على حالة البقاء اثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو ارخينا العنان في الآخر فانما يكون المشروط للبقاء المجلس الاول الذي كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم في وجهه ان الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة ظاهر فيه ببينة بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى ان اتحاد المحل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين في نفسه كما ان المجلس شرط لكل من الشهادة ونقيضها الوجه الثاني ان الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمحله ولا شك ان ذلك ايضا غير لازم فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ بن جبل حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقال اوصني عليك بتقوى الله ما استطعت الى ان قال واذا عملت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وانت تعلم ان العلانية لا يتوقف على الاعلام في محل الذنب بخصوصه مع ان ذلك لا يمكن بل

في مسئلة ما فيه علانية وهو اذا اظهر للناس الرجوع واشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا والله اعلم

قال واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف قوله واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وهذا من مذهب مالك واحمد والشافعي رحمه الله في الجديد لا ضمان عليهما لانهما مسببان ولا عبرة بالتسبيب وانما كان تعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالملجأ الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراض عليه بعد ظهور العدالة واذا الجاه الشرع لا يضمنه ولانه يوجب عدم قبول القضاء الذي من اخذه واما المدعي فلانه اخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس اولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينتقض لا يمكن جبره على اعطاء ما اخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبيب كحافر البئر في الطريق واعلم ان الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم ان الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول ابي حنيفة الاول اذا كان حالهما وقت الرجوع مثله هذا الاداء وقد نقض عليه ايضا بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتضى والقاضي واجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول علي للشاهدين السرقة بعدما قطع ورجعوا وجاءوا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما اخرجه الشافعي رحمه الله وقال بهذا القول نقول فان نوقض بانه لا يرى تقليد الصحابي انكر الجواب عنه باني انما قلت به لما ظهر من مناطه من ان امر الدين اشد من امر المال قلنا الاشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الزيادة في احكام الدنيا بجوازه باعتبار امر الاخرة ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد قال المصنف اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعى عليه انما يتحقق باخذه منه وهذا اختيار شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعي اياها بعد القضاء له بها او دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي وجه الفرق ان ضمانهما ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمماثلة واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان ازالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو ازالنا قيمته عما ملكها باخذ الضمان منهما قبل ان يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفى منهما العين في مقابلة دين او جوابه شمس الائمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك الى وان ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقتضى عليه يزعم ان ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهد شيئا لم يخرج من يده قال البزازي في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال او لا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع ان اتصل القضاء بالشهادة فروع شهدا انه اجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة ولو شهدا انه ابرأه او وهبه او تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا انه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمته العبد مائة وقضى به ثم رجعا خير البائع بين رجوعه على المشتري بالثمن الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع او الضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل



والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قوله والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف لهم فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال فانيا لم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شيء واما ما ادرومن انه ينبغي اذا رجع احد من الاثنين ان لا يضمن شيئا من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء اصلا فيقتضي ان يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادة واحدة انما هو في الابتداء ولا يلزم في الابتداء ما يلزم في حال البقاء فبعدما ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع احد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه اتلفه برجوعه وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي الحق من غير اطلاق شيء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان كما اذا اتلف مال زيد فقضى بزيادة عليه فظهر ان مستحقه عمرو فانه ياخذه ويسقط الضمان لزيد فاولى ان يمنع الضمان وما نحن فيه من هذا فان بالرجوع ما تلف على المشهود له حصة التي اثبتها بشهادته او صارت مستحقة للمشهود عليه وببقاء من يبقى كل الحق به ظهر استحقاق المشهود به لذلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الزمان للمشهود عليه فان رجع آخر من الثلاثة ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء الثالث يبقى نصف المال فلو قال الراجع الاول كيف اضمن برجوع الثاني لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل هذا منه لا يقبل قول احدهم لو رجع الثالث لا يلزمني شيء لان غيري ثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تخاصموا الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الآخر وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلثة ارباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصفه لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع منهن ثمان لا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى ضمن التسع ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل الباقي والربع بشهادة الباقية وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى جملة النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت

شهادة كل ثنتين منهن بشهادة رجل روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن واكثرن الاستغفار فاني رأيتكن اكثر اهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا اكثر اهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين اغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن اولى بضمان النصف من الآخرين ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد لان المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء فكان القضاء ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال اعني المرأتين ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان النصف اثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل من الرجل والنساء على الشيوع ثم لقيام كل امرأتين مقام رجل فثلث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما انصافا وعنده اخماسا على النسوة ثلثة اخماس وعلى الرجل خمسان قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل قوله وان شهدا الخ ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها او دعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها الف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئا في الصورتين كما ذكره المص وذكر في المنظومة في صورة النقصان انهما يضمنان ما نقص من مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف قال في باب ابي يوسف لو اثبتوا انكاحها فاوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا ما اخسوا ثم بينه في شرحه المسمى بالمصفى وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند ابي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضى لها بالالف لولا هذه الشهادة فقد اتلفا عليها تسعمائة وعند ابي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئا وتبعه صاحب المجمع وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا للشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية واشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بان البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول فكذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه واجابوا بحاصل توجيه المصنف بان تقومه حال الدخول ليس الا لاظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود ولذلك لا لاعتبار متقوما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا يضمن لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتتمول والاعراض التي لا تتصور ولا تبقى وفرع في النهاية على الاصل المذكور خلافية هي ما اذا شهدوا بالطلاق الثلث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئا وكذا لو ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها وعنده عليهما على القاتل للزوج مهر المثل واورد على قولنا نقضا انهم اوجبوا الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا اكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا في الاتلاف الحكمي واجاب نقلا عن الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه واردا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى انه استأجر الدار من هذا شهر العشرة واجر مثلها مائة والموجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما اتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه



وكذلك اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قوله وكذا اي لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل انه تزوج امرأة بمهر مثلها بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا ينفسخ النكاح على كل حال بعدما قضي به ولا يضمنان ما تلف اه عليه من مهر المثل لانهما عوضاه ملك البضع وهو متقوم حال وروده التملك عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل لانهما اتلفاه بلا عوض وهي من الاعيان التي تقع المماثلة بالتضمين فيها قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض قوله وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر بان ادعى ذلك مدع فشهدا له به ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان شهدا به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا نقصان القيمة لانهما اتلفا هذا القدر عليه بلا عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان ينظماهما في شهادة واحدة بان يشهدا بانه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضى عليهما بالقيمة للبائع لا بالثمن وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق ان في الاول المقتضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده واقاله بشهادة واحدة وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم قوله ولا يقضى بالبيع فانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضي به المبيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا به وبعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المص ولا فرق بين كون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب يعني البيع هو السابق حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد اثبتاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف الى الشهود وهذا جواب عن سوال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي ان لا ضمان عليهما لانهما اثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت كان مختارا في ازالة ملكه غيره فلا يجب الزمان والجواب ان سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر انه سكت الى مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه بجواز كونه للتحرز عن ان يضاف اليه الكذب لانه قد انكر القول فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على ان فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه ولو ان المشهود عليه بالشراء اخذه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله كاختياره كما لو اجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة يسقط ايضا وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قوله وان شهدا انه طلق امرأته قبل الدخول فقضي بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط

وعلى المؤكد ما على الموجب ما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله او طاوعت ابن زوجها سقط المهر
اصلا واما ان على المؤكد ما على الموجب ففي مسئلتين هما ما اذا اخذ محرم صيد المحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع على
القاتل لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه واما اذا اكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول فان على الزوج نصف المهر
ويرجع به على المكره لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان تباويه وكذلك بارتدادها ونحوه ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط
كل المهر كما مر في النكاح اي من باب المهر من ان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شئ ثم يجب
نصف المهر ابتداء فقد اوجبا بشهادتهما مالا فيجب ضمانه عليهما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والا لم ينقص من عدد الطلاق
شئ فانما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع انه مذكور في القدوري
والبداية وحكمه انه لا يجب ضمان لان البضع لا تقوم له في حال الخروج وما فرع من قدر المهر قد اعتاض عنه منافع البضع ولم يتلفا عليه مالا بلا عوض
وفي التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها ثم المعروف ان الشاهدين
لم يضمنا سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم ان ذلك قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد
على نصف المهر الى تمامه لانهما برجوعهما زعما ان الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء فعند ابي حنيفة وقوعه بالقضاء كايقاع الزوج وبايقاع
الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد القضاء ليس ايقاعا منه فبقي حقها ثابتا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد اتلفاه انتهى والوجه
عدمه لان القضاء بالوقوع انما هو عنه تكذيبا له في انكار الطلاق على ان نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة ولا يعول عليه

قال وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق
لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما قوله وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بالعتق ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا عليه متقوما
بلا عوض فيضمنان سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار والولاء للمولى لان العتق من جهته وهو ان كان
منكر العتق صار مكذبا شرعا وانما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لانه ليس
بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو كان شهدا بتدبير العبد وقضي به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب
العتق قدر نقصان التدبير فان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام
قيمته والفرق انهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى
ومدبره بل تنقص ماليته ثم اذا ضمنا يتبعان المكاتب على نجومه لانهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع كما
كان مع المولى وولاؤه للذي شهدا عليه بالكتابة وان عجز ارد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان
لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما اخذ منهما بزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته
بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا الى المولى ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه
فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم امة وام ولد لو جاز بيعها مع الامومية فيضمنان ما بين ذلك فان
مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها امة للورثة وان كانا نصا في شهادتهما على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهدا
على انه اقر انها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضها ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه ان يرد
على الشاهدين ما ورث مثل ما كان الميت اخذه منهما من قيمته وقيمة امه لانه يقول الميت اخذه بغير حق وانه دين في تركته لهما
والذي عندي انه ينبغي ان يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لانهما اتلفاه عليهم بشهادتهما وان شهدوا بالقصاص ثم



رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي تقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي
يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا التسبيب لان السبب ما يفضي اليه غالبا وههنا لا يفضي لان العفو
مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة
للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قوله واذا شهدوا بالقصاص ثم رجعوا بعد القتل
ضمنا الدية ولا يقتص منهما وهو مذهب مالك خلافا لاشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب احمد ان قالا اخطأنا ضمنا الدية
في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي يقتص لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه الشاهد المكره فانه تسبب لشهادته في قتل
الولي كما ان المكره تسبب باكراهه في قتل المكره فيقتل المكره بل هو اولى منه لان ولي القصاص بعد الشهادة يعان على قتل المشهود
عليه ولا ينكر عليه احد والمكره لا يعان على القتل باكراهه بل يمنع وينكر عليه للعلم بانه محظور عليه احد ولنا ان القتل من الشاهدين ما وجد
تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اي ما تسبب فيه غالبا والشهادة لا تفضي الى قتل الولي على وجه الغلبة فان افضت الى القضاء
به بل كثيرا ما يقع ثم يقف الناس في الصلح على الدية بل على قدر بعضها فلم يفض غالبا اليه بل قد وقد من الناس من يغلب عليه طلب
التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى انه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول مال ينتفع به وهو جمع بين دنيا واخرى لا شك
ان هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومنه من يقتضي كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسبب حقيقة
من الشاهد انتفى قتله بخلاف المكره يعني يخالف الولي المكره لان الغالب ان الانسان يؤثر حياته على حيوة غيره فكان المكره
باكراهه مسببا حقيقة حيث يثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الايثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو
اثبات ما يفضي غالبا الى الفعل ووجه آخر وهو ان الفعل الاختياري ذي الاختيار الصحيح اعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة
مما يقطع نسبة الفعل الى الشاهد كما عرف فيمن فك عن عبد انسان قيده فابق باختياره وامثاله كمن دفع انسانا في بير حفرها غيره تعديا
فانه بدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فانه وان اعترض فعله
الاختياري على الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجارة بيعه
ولا اجارته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره قتل بها ذلك القتيل على انه لو لم يقطع الاختيار الصحيح
النسبة الى الشاهد فلا اقل من ان يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات بخلاف المال
فانه يثبت مع الشبهة وقوله فاشبه المكره بكسر الراء وقوله والمكره يمنع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه ابي الليث وفي
شرح الجامع الكبير للعتابي اذا شهدوا على رجل انه قتل فلانا خطأ او عمدا فقضى بذلك واخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل
في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة في الخطأ ان شاؤا رجعوا على الآخذ لانه اخذ بغير حق ولا يرجع هو على احد وان شاؤا ضمنوا
الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين ان الولي اخذ
مالهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لان القضاء اورث شبهة لكنه تجب الدية وتخير ورثة المقتول بين ان يضمنوا
الولي الدية ولا يرجع هو على احد وبين ان يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند ابي حنيفة لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه
لا يقبل التمليك لانه ليس بمال وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سبب التملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون
لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات في يده وضمنه المالك يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا
قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود

الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا قوله واذا رجع شهود الفرع ضمنوا وهذا بالاتفاق لان الشهادة التي في مجلس القضاء وهي التي بها القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا ولم يذكر المصنف خلافا وفي شرح القدوري لابي نصر البغدادي قال هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يضمنون وهو رواية عن ابي حنيفة انتهى وقال ابو المعين في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل انه قتل فلان ابن فلان خطاء فقضي بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود عليه بقتله حيا لا يضمن الفرع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز ان الاصلين اشهداهما غير ان الولي يرد على العاقلة ما اخذ منها فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا بان قال اشهدناهما باطلا لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما الفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء واذا لم يضمنا بالرجوع فهكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا واما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر تردد في انه قاله رحمه الله قول ابي حنيفة وابي يوسف خاصة وقاله اتفاقا واما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف وجهه انهم انكروا اي شهود الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا انكروا الاشهاد قبل القضاء لا يقضي بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم وان قالوا اشهدناهم وغلطنا او اشهدناهم ورجعنا ضمن الاصول هكذا اطلق القدوري حكم المصنف بان الضمان قول محمد اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا ضمان على الاصول لمحمد ان الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كانهما حضرا بانفسهما واديا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر ان يكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار انها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة لهما الى اعتبار الفرعين نائبين عن الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لجعل منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فلهما بل عليهما ان يؤديا بالو منعهما بعد التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق آخر انما يقضي به بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت ان القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد اخر المصنف دليل محمد مع تقديم قوله وعادته ان يكون المرجح عنده ما اخره ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في ذلك لم يلتفت الى ذلك لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قوله ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير بناء على ما عرف لهما من ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع والضمان انما يكون برجوع من قضي بشهادته وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكراه هو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين

شهادة



شهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكره محمد وهو ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الاصول و قوله والجهتان متغايرتان جواب عما يقال لم يجمع بين الجهتين فيضمن كل من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايران لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احدهما اشهاد والاخرى اداء للشهادة في مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحد بامر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين شيئا اثبت له الخيار في تضمين اي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن بما ادى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع الى غاصبه لان كلا من الشهود مواخذ بفعله فاذا ضمن المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب المتلف نقل شهادة الاصول اذ لولا اشهاد الاصول ما يمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه سبب للضمان اما الفروع فبالنقل واما الاصول فبتحميلهم الفروع على النقل اذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثمون لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قوله وان رجع المزكون عن التزكية بعد القضاء بالمال ضمنوا المال اطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره ان ذلك قول ابي حنيفة وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليه فلا يضمنون وصاروا كشهود الاحصان ما اذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابي حنيفة رحمه الله ان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة العلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض اي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان وجلدا ليس الا الزنا الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون على انهم احرار مسلمون فظهروا عبيدا او كفارا لا ضمان عليهم ولا على الشهود واما الشهود فلانه لم تبين كذبهم في الشهادة بل الواقع ان لا شهادة على المسلمين من عبيد او كفار واما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبار القاضي ذلك الشهادة واما ان رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا انما اثبتوا على الشهود خيرا وابو حنيفة يقول جعلوا ما ليس بموجب اعني للشهادة موجبا بالتزكية الخ يعني ما ذكرنا قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول قوله واذا شهد شاهدان باليمين اي شهدا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار وبتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فيقضي بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان فالضمان كنصف المهر وقيمة العبد على شهود اليمين خاصة واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله انت طالق وانت حر فانه العلة في الوقوع وهذا الذي سماه المصنف السبب وذلك انما اثبته شهود الدخول لان الدخول لم يوضع علة شرعا للطلاق والعتاق فلم يكن علة واذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير ان الدافع مثبت بسبب اقرب من الحفر لان العلة انما هي الثقل فلان يضمن مباشر العلة دون مباشرة السبب اولى ومن هذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب

ولا يلزم على هذا اذا شهدا انه تزوج فلانة وشهد آخران انه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر
بالتزوج لان شهود الدخول اثبتوا ان الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من ان يكون اتلافا ثم متقضيه ملتفى وجه
انفراد شهود اليمين بالضمان ان يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بسببهم باتيانهم بما يثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع شهود اليمين وحكى
المعرفيه اختلاف المشائخ قال العتابي قال اكثر المشائخ يضمنون لانهم تسببوا الى التلف بغير حق لان له اثرا في وجود العلة عنده فيكون مسببا
للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه اثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اثباته فلا يلحق
بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشائخنا يعني ما ذكرنا من كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون
بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة الاتلاف وذلك عند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان معديا
او لا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشر الاتلاف في شئ فلهذا يجعل الاتلاف مضافا الى الشرط وهو
ازالة المسكة ثم لا يخفى عليك ان صورة رجوع شهود الشرط وحدهم فاما ان يختلف في عدم الضمان عليهم والله سبحانه اعلم

# كتاب الوكالة

اعقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره الموكل والمدعي معتمد عليه كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها
اسم للتوكيل وهو تفويض امرك الى من وكلته اعتمادا عليه فيه ترفها وتيسرا منك او عجزا منه والوكالة ابدا اما للعجز او للترفه وكل منهما للضعف
ولذا كان معنى الوكيل من فيه ضعف وبه فسر قول لبيد ۔ وكاني ملجم سوذانقا * اجدليا كريا غير وكل * والسوذانق والسوذق والسوذقين
الشاهين والاجدل للصقر منسوب فرسه اليه ووكله جعله وكيلا اي مفوضا اليه الامر ومنه وكل امره الى فلان ومن هذا قول الحطيئة ۔ فلا يا
تعصرت الطرق عنهم بحسرة * امرن ذا وكلتها لا تواكل * يعني اذا فوضت امرها اليها لا تواكل نفسها على ان احثها على السير بل تسمر على جدها
في السير ولا تضعف فيه وتوكل قبل الوكالة اتكلت عليه اعتمدت واصله اوتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم ابدلت تاء
وادغمت في تاء الافتعال واما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول اي موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر
قادرا عليه لضوحا تم امر الموكل فاذا رضي الله سبحانه وتعالى ان يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا وجب
عليك لتحقق مصلحتك تفضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا اله غيره واما
شرعا فالتوكيل اقامة الانسان غيره مقامه في تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وقال
الامام المحبوبي اذا قال لغيره انت وكيلي في كل شئ كان وكيلا بالحفظ واما سببها فدفع الحاجة المتحققة اليها كما يظهر في كلام المصنف رحمه الله واما ركنها
فالالفاظ الخاصة التي بها يثبت من قوله وكلتك ببيع هذا او شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا او دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل او يرد ثم
عمل فانه ينفذ وتظهر قبوله بالعمل وروى بشر عن ابي يوسف انه اذا قال لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او قال هويت او رضيت او وافقني
او شئت او اردت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا انهاك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا انهاك عن التجارة
لا يصير ماذونا قال الفقيه ابو الليث الجواب في الوكالة كذلك اما في الاذن يجب ان يكون ماذونا في قول علمائنا لان العبد بسكوت
المولى يصير ماذونا وهذا فوق السكوت ذكره في الذخيرة ولا بد من قول لمعنى ان قوله لا انهاك في حال عدم مباشرة البيع فوق سكوته اذا
راه يبيع وتقدم عن المحبوبي انت وكيل في كل شئ يكون بالحفظ قال فلو زاد فقال انت وكيلي في كل شئ جائز صنعك وامرك فعند محمد يصير وكيلا
في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك ان ينفق على نفسه من ماله وعند ابي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلي
العتق والتبرع وفي فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك او وقفت ارضك الاصح انه لا يجوز ومثله انه



اذا قال وكلتك في جميع اموري ولو قال فوضت امر مالي اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت امري اليك الصحيح انه مثله وفي المبسوط اذا
وكله بكل قليل او كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاضي ولا بيع ولا شراء فوضت لك امر مستغلاتي وكان اجرها ملك تقاضي الاجرة وقبضها وكذا امر ديوني
ملك القاضي وامر دوابي ملك الحفظ والرعي والتعليق وامر مماليكي ملك الحفظ والنفقة او فوضت اليك امر امرأتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس
بخلاف ما لو قال وكلتك والوصاية حالة الحيوة وكالة كالوكالة بعد الموت وصاية لان المنظور اليه المعاني وكلتك في كل اموري واقمتك
مقام نفسي ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة
فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك في جميع الامور التي يجوز فيها التوكيل فتوكيل عامة يتناول البياعات والانكحة واما شرطها فما سياتي عند قوله
ومن شرط الوكالة ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام واما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل
العزل بلا رضى الآخر كما يجئ ان شاء الله تعالى ولكن شرعيتها غير لازمة والمحققون قول بعض المشائخ فيما لو قال كلما عزلتك فانت وكيلي لانه لا يملك عزله
لانه كلما عزله تجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا
في تحقيق لفظ العزل فقيل ان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما
يتحقق في المنجز لان المعلقة بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح ان يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع
عنها صحيح وقال الفقيه ابو جعفر وظهير الدين المرغيناني يجب ان يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة
تنجز وكالة اخرى من المعلقة قيل وهذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول ابي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ
العزل لا يصح واما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار فاما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم
الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فمن احكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار
بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون سبيل منه دفعا للحاجة قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان
يوكل به هذا ضابطة لا حد فلا يرد عليه ان المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد ابطال الطرد لا بالعكس لا يمكن
طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوكيل به الذمي فيصدق الضابطة لانه لم يقل كل عقد يملكه توكيل كل احد به ان التوكيل
به في الجملة وانا يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به فذكروا ان المراد
بلكه بمحو والبيه استبدال الا بناء على اذن غيره وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رضي
قوله وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره اما وكالة حكيم فرواية ابي داؤد بسند فيه مجهول انه صلى الله عليه وسلم بعثه بدينار ليشتري له اضحية
فاشتراها بدينار وباعها بدينارين واشترى اضحية وجاء بدينار واضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي ﷺ به ودعا ان
تبارك تجارته رواه الترمذي من حديث حبيب بن ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم الا ان هذا دخل
في الارسال عندنا فيصدق قوله صح اذا كان حبيب اماما ثقة واخرج ابو داؤد عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي
قال اعطاه النبي ﷺ دينارا يشتري اضحية او شاة فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار واتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح
فيه اخرجه ايضا ابو داؤد والترمذي وابن ماجه واحمد عن ابي لبيد واسمه لمازة بن زبار عن عروة فذكره والذي يتحقق عن هذا الظن ان هذه
القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم او مع عروة او كل منهما بناء على انهما واقعتان فيثبت شرعية الوكالة على كل حال واما انه وكل
عمر بن ابي سلمة بالتزويج فاخرج النسائي عن ثابت حدثني ابن عمر بن ابي سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث اليها يخطبها فارسلت

اليه اني امراة مصبية واني غيرى وانه ليس احد من اوليائي شاهدا فقال النبي عليه السلام اما كونه غيرى فادعو الله فيذهب غيرتك واما كونك مصبية فان الله
سيكفيك صبيانك واما ان احدا من اوليائك ليس شاهدا فليس احد من اوليائك لا شاهد ولا غائب لا يرضى بي فقالت ام سلمة قم
يا عمر تزوج رسول الله صلعم فزوجه اياها رواه احمد وابن راهويه وابو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن ابي سلمة
سعيد بن سماه غير حماد بن ابي سلمة ونظر فيه ابن الجوزي بعلة باطلة وهي ان عمر كان اذ ذاك يعني حين زوجها اياه عليه السلام سنة اربع ابن ثلث
سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال وان كان الكلاباذي وغيره قاله قال ابن عبد البر انه ولد في السنة
الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم عن عمر ابن ابي سلمة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه
وسلم سل عن هذه ام سلمة فاخبرته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر فقال صلى الله عليه
وسلم اما والله اني لاتقاكم لله واخشاكم فظاهر هذا انه كان كبيرا ثم لا يخفى ان ظاهر اللفظ يقتضي انه كان وكيلا عن امه لانها هي القائلة قم يا عمر
فزوج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يفيد ذلك حديث اخرجه البيهقي من طريق الواقدي انه صلى الله عليه وسلم خطب ام سلمة الى
ابنها عمر بن سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا انهم يضعفون الواقدي خلافا لنا وفيه دليل على صحة وكالة الصبي العاقل
خلافا لهم ان نظرنا الى حديث الواقدي فظاهر وان الى الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على امه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة
والله تعالى اعلم وقد قيل ان عمر ابن الخطاب رض وهو المقول له زوج والمزوج هو سلمة بن ابي سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما اخرجه ابو داود عن ابن
اسحق في كتاب القضاء حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله انه سمعه يقول اردت الخروج الى خيبر فاتيت الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسلمت عليه وقلت اني اريد الخروج الى خيبر فقال اذا اتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق
عندنا من الثقات واما على توكيل علي رضي الله تعالى عنه عقيلا رضي الله تعالى عنه فاخرج البيهقي عن عبد الله ابن جعفر قال كان علي يكره الخصومة
وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني واخرج عن علي انه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف
لان الانسان قد يعجز الى آخره بيان حكمة شرعية الوكالة قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل
احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رض وكل فيها عقيلا وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رض وكذا بايفائها واستيفائها
الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة
حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء
هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا قوله ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما
قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه او يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل
بايفاء الحقوق واستيفائها الا في الحدود والقصاص في النفس وما دون النفس فان الوكالة لا يصح بايفائها لا باستيفائها مع غيبة الموكل من
المجلس وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط واما في الايفاء اعني مطلق الايفاء ليس الا تسليم ظهره ونفسه لاقامة الواجب وليس ذلك الا من الجاني
وليس هو للوكيل فكان ذلك قيدا في الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهة وشبهة
العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحدود والقصاص فانه
يستوفى في ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قريبا ولا ظاهرا الا من جهة الاصل ولا للغالب لان الاصل الصدق خصوصا
مع العدالة والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمان مائة عام لا يعرف الا ما وقع عند علي رض والله سبحانه وتعالى اعلم بل تدر عند غيره وهو بمنزلة
ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدرئ باعتبارها الحكم بخلاف الاستيفاء حال حضرة الموكل فان الوكالة به يجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو



امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في القصاص واما في الحدود وان الذي يلي استيفائها الامام وقد لا يحسن فيجاز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى ان تعليل المص
النفي حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص دون الحدود ولان العفو فيها لا يتحقق اصلا كما سنفناه في الحدود ولو كان حد قذف وسرقة لان
الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفى المسروق منه لا يلتفت اليه ويقطعه فالوجه ان يسبح فيه ما يجري فيه من امكان ظهور شبهة او غلط فبعد الاستيفاء لا يمكن
تداركه فيؤخر الى ان يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص
باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل
الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة
وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما
في سائر الحقوق قوله وهذا الذي ذكرناه اي من جواز التوكيل باثبات الحدود ومن جهة المقذوف والمسروق منه باقامة البينة على السبب قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثباتها وقول محمد مضطرب تارة يضم الى ابي يوسف وتارة الى ابي حنيفة فظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل في المبسوط و
قيل هذا الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف عند غيبة الموكل فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره
لابي يوسف ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب اي باب الحدود والقصاص حتى لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي
الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لثبوت الحد لان وجوبه انما يضاف الى
نفس الجناية لا الى الخصومة والظهور اي ظهور الجناية انما يضاف الى نفس الشهادة لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك حقا كسائر الحقوق فيجوز لقيام المقتضي
وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق اي باقيها فيجوز الوكالة بهذا الحق كباقي الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق هذا على ما في صحاح الجوهري وقد خطاه بانما
هو بمعنى الباقي لا الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لاسقاطه فان قيل
لو صح هذا لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لانه ساع الى آخره وذلك محل الاجماع قلنا الفرق ان الوكالة فيها زيادة تحميل ولزيادة تكلف لاثباته اذا
الظاهر انه لو كل للاستيفاء به عليه لضعفه هو عن الاثبات والشرع طلق في اثباته لانه ذلك التكلف الزائد والنهاء كله فيه بل اذا عجز تركه لانه صلى الله عليه وسلم
قال للذين بعثوا ماعزا حين هرب باء لغة الحجارة هلا تركتموه او نحو ذلك وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص
وكلام ابي حنيفة فيه ظاهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب
من جانب من عليه الحد والقصاص اجازه ابو حنيفة ومنعه ابو يوسف لاشك ان كلام ابي حنيفة فيه اظهر منه بالوكالة باثباتها لان الشبهة التي لا تمنع ابو يوسف هناك
لا تمنع الدفع بل يقتضي ان يقول بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجبر الوكيل الاقرار على موكله كما هو قول ابي حنيفة خلافه هنا عجيب والله تعالى اعلم [illegible]
من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره ان الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فيعتبر عمومه فيما لا يندرئ بالشبهات [illegible]
فيما يندرئ بها بالشرع العام في الدرء بالشبهات وفي اعترافه شبهة في عدم الامر به وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا
ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز انما الخلاف
في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا
يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر
بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة
قوله وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعي او المدعى عليه الا برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او
قالا يجوز ذلك بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم قالوا فعلى هذا قولنا لا يجوز التوكيل اي لا يلزم

الا برضا الآخر وانكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك وساق عباراتهم فلم تزد على ما علموه من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه انما فسروه بذلك وسبق شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضى الخصم صحيح لكن للخصم ان يطالب الخصم ان يحضر بنفسه ويجيب ونحو ذلك من هذا الكلام كثير مما يفيد ان المراد ما ذكره وسبب ذلك انه لما لم يعرف لاحد القول بانه لو وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا يسمع حتى يجدد له وكالة اخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا ان المراد بلا يجوز الا برضاه انها لا تقضي على الآخر ويلزم عليه الا ان يرضى ومعنى هذا الا ان اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التاويل المذكور من العبارات التي نقلها مع عن ابي حنيفة لا اقبل وكالة حاضر من صحيح الا ان يرضى خصمه هي قريبة من التفسير المذكور والحاصل انه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة لهما ان التوكيل بالخصومة تصرف في خالص حقه لان الخصومة حقه الذي لا يصدق عنه فاستنابته فيه تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره وصار كالتوكيل بغير ذلك بتقاضي الديون وله ان جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه غاية ما ذكرتم انه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير ولا شك ان الناس يتفاوتون في الخصومة كما صرح قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من الآخر فاقضي له فمن قضيت له بحق اخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم ان الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوي الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما افاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها ومن استاجر دابة ليركبها اجارته اياها تصرف في حقه ومملوكه مع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالموجر اذ كان الناس يختلفون في الركوب يخالف ما قلنا عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه حق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بجنس حقه ما ليس فيه نيابة على المطلوب ان يقضي ما عليه وللتقاضي حد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها اشد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التحيل على اثبات ما ليس بثابت او دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك بسفره فانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته او مرضه وتوكيل علي وغيره بالخصومة ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذي يختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في اباء التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا برضى الآخر فيحتال لدفع الضرر من الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد فاختلفوا فيه والصحيح ان له ان يوكل لان نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به ولا يلزم التوكيل من المسافر مدة من الحاضر عند ارادة السفر غير ان القاضي لا يصدقه في دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد ان يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا اراد فسخ الاجارة بعذر من السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر في فسخها **ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال وهذا شيء استحسنه المتأخرون** قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي هو الامام الكبير ابو بكر الجصاص احمد بن علي الرازي يلزم التوكيل منها لانها لو حضرت لم تستطع ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها او يضيع حقها قال المصنف رحمه الله وهذا شيء استحسنه المتأخرون يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن ابي حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والمبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك وفي تخصيص الرازي بقوله ثم الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس الا فائدة انه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي انها التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي جلست على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا الحق بل ما ذكره المصنف من قوله هي التي لم تجر عادتها بالبروز فاما حديث المنصة فقد تكون عادة للعوام يفعل بها والدها ثم لم يعد لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل يفعله لها غيرها لزم توكيلها لان في الزامها بالجواب تضييع حقها وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت



فلزمها يمين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الآخران على يمينها او نكولها وفي ادب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا او مخدرة هي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي ماذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هناك وان لم يكن بعث امينا وشاهدين يعرفان المرأة والمريض فان بعثهما ليشهدا على اقرار كل منهما او انكاره مع الامين لينقلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا اشهدا عليها قال الامين وكل من يحضر خصمك بمجلس الحاكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي باقراره او انكاره لتقام البينة على ذلك الوكيل، ولو توجه يمين على احدهما عرضه الامين عليه فان ابى الحلف عرضه ثلاثا فاذا نكل امره ان يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته واذا اشهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول ان يكون على اثر النكول واما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليها بالنكول ثم ينقله الشاهدان الى القاضي مع وكيلها فيمضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي اترضى بحكم الامين حكما بينكما بذلك فاذا رضي بعث امينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه حكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان فيه خلاف وقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا امضاه نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند ابي حنيفة حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذا على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل برضاه او مطاوعته ان اخرها الطالب الى ان يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بلا رضى الطالب فلو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده وان كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج الى الخصومة يقبل منه التوكيل **قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره** قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام فهذان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما اما على قوله فلا لانه لا يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها والمسلم لا يملكه فالشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به واجاب بعضهم بان المراد بملكه للتصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمله على ما بداه لذلك وهو خطأ ويقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع واورد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا العبد او اشتر لي به عبدا صح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدي او اشتريت منك هذا العبد به لا يجوز واجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضرا وشرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بامر لازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه وبعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن او اقل مما يتغابن الناس فيه يجوز وان كان بما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى ان قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء احد العبدين او الثوبين او الثلاثة بغير عينه على ان يأخذ ايهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية واما الشرط الثاني وهو قوله ويلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا ان يصرح به حقيقة او معنى كما سنذكره وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصحح واورد على الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملك تمليكه والجواب ان ملكه شرط جواز تمليكه لا علة ليلزم من وجوده الوجود فجاز ان لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة **ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا** قوله ويشترط الى آخره ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده اي يعقل معناه اي ما يلزم وجوده من انه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قلبهما ويقصده لفائدته وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني ان من شرط الوكالة ان لا يهزل الوكيل في البيع والشراء [illegible] ارتباط بين نفس الوكالة وكون الوكيل

هذا ان في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غاية ان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة احدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته الا اذا كان يعقد فكذلك اما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بغبن فاحش فحينئذ ينبغي ان تصح للوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل ان يعرفه قبل بيعه **واذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة** قوله واذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز واطلق في المأذون يشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل للتصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل يعرفه كل احد معلوم ايضا ان قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما او اعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرا ودونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا مأذونا

**وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه تخير كما اذا عثر على عيب** قوله وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكره المصنف وان الصبي اي العاقل من اهل العبارة حتى نفذ تصرفه باذن وليه والعبد تصرف في حق نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا من الموكل في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل ولم يعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق للعبد مستحق السيد انه لو عتق بعد ان باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا يرجع اليه واما مفهومه فهو ان الوكيل لو كان صبيا مأذونا او عبدا مأذونا تعلقت الحقوق لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيل في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا مأذونا وكل بالبيع بثمن حال او مؤجل فباع لزمته العهدة او بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن وانما التزام الاعلى موكله سيوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون لا يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة واما اذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة والاستحسان يلزمه لان للصبي ما كان حكميا في المشتري فانه يحبسه بالثمن عن الموكل فلا يوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بالقبض من الثمن لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل على الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل بثمن بعد ثم علم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم يتعلق بها الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط ان كان المامور مرتدا اجاز بيعه لانه من اهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظيره الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول في القاضي ويعني في الفسوخ والمعيوب انتهى كلام الشارح ؒ

**خاتمة** الحمد لله على ما وفقنا باختتام هذا الكتاب المستطاب للامام الامام شيخ الملة والاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام روح الله روحه ونور ضريحه وافتح علينا ابواب عنايته وفضله في تصحيحه ومقابلته من النسخ الصحاح المتعددة المقروءة على العلماء المهرة والفضلاء الكملة الذين كانوا كلهم مجتهدين في الفقه والاصول سابحين في بحار المعقول والمنقول في شهر شوال سنة ثلاثة عشر بعد الالف وثلث مائة من الهجرة المقدسة الرسول الثقلين عليه اكمل الصلوة والسلام في الملوين فقط

---

ان الله على كل شيء قدير

قد طبع تكملة المجلد الثامن من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار الربيعية الكاشف لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المسمى

# نتائج الافكار

## تكملة

# فتح القدير مع هدايه

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاحمدي الافندي القاضي زاده اسكنه الله برحمته دار السلام مصحح التام من علماء المطبع وسعي من مالك المطبع رقاه الله معارج المعالي

في المطبع الممتاز بمطبع الذي المعزي منشي نولكشور الواقع في مصر لكهنؤ

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب الوكالة

لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع فيها شرع في بيان احكام الوكالة اما المناسبة فان كل واحدة من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعارض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعارض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاوثر تاخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعارض ايضا كما اذا كان وكيلا بالبيع او الشراء مثلا انتهى اقول هذا سهو ظاهر لان التعارض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة اعني الموكل به وهو البيع او الشراء لا في نفس الوكالة والكلام فيها لا في الاول والا فقد يكون التعارض في متعلق الشهادة ايضا كما اذا شهد بالبيع او الشراء مثلا والصواب ان مراد صاحب العناية بما قاله قد يكون في نفس الوكالة التعارض كما اذا اخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز اخذ الاجرة فيها بخلاف الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد اداؤها فلا يجوز فيها التعارض اصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة افعال لا يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة واقوياء وضعفاء وليس كل احد يرضى ان يباشر الاعمال بنفسه ولا كل احد يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة ونبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما للسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها لاصحاب المروات ثم ان منها امورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها اما تفسيرها لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه واما شرعا فهي عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم واما دليل جوازها فالكتاب هو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن اصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهي ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم



وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي ايضا وكل عمر بن ام سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة اجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سياتي في الكتاب واما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات واما ركنها فالالفاظ التي يثبت بها الوكالة كلفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع واما شرطها فان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام كما سياتي في الكتاب وستعرفه مشروحا واما صفتها فهي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قال) اي القدوري في مختصره (كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لا حد قلا يرد عليها ان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه لو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رح لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس ولم يرد النقض عليه والعجب ههنا ان صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث اجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة تتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا في الضابطة كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول ان الوكيل جاز له ان يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والثاني ان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها واجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شروطه لكون المحال مشروطا على ما عرف وذلك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد هذا بانه مقرر للنقض لا دافع له ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل ما جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذلك محل التوكيل بالقرض لا بالاستقراض هذا في النهاية وما في العناية اقول ولقائل ان يقول كما ان الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم ان يكون الاستقراض بنفسه ايضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم اقول يمكن ان يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة واما المامور بالاستقراض فان تصرف في عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا اقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه الا الآمر فله ان يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف في عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا استقرض منك عشرة دراهم فيفعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المامور يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة وبقي ههنا شيء وهو ان ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسياتي تمام بحثه ان شاء الله تعالى واجيب عن الثالث بان الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه مامور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امراة بنكاح صحيح حل له وطيها لا يرد عليه الحائضة والمحرمة هذا زبدة ما في اكثر الشروح واجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذي جاز له توكيل المسلم والمنع لتوكل المسلم عنه وليس كلامنا فيه وذلك لجواز ان يمنع المانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض ايضا الا انه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف رح من التوكيل بالاستقراض

باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح لذلك ايضا انتهى اقول ليس هذا السديد اما اولا فلان ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هناك في نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف في ملك الغير والمانع ههنا على رأيه انما هو في التوكيل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فاين هذا من ذاك واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء مناف لما يجيء من المصنف ره من ان التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور في خير جواب لما في قوله الا انه لما كان مخالفا لما يجيء من المصنف ره الخ ثم قال ذلك القائل بقي فيه بحث اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى اقول هذا ساقط جدا اذ لا يذهب على ذي مسكة ان الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق احدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا شك في جواز تحقق الاول بدون الثاني ثم لا ينبغي ان يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد الا يرى الى صحة قولك خيرته فلم يختر وصحة قولك نبهته فلم يتنبه وما اشبههما من ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا اشكال اصلا قال المصنف ره في تعليل جواز الوكالة فيما ذكر (لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال) بان كان مريضا او شيخا فانيا او رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه (فيحتاج الى ان يوكل غيره) فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص (فيكون) اي الانسان (بسبيل منه) اي من التوكيل (دفعا للحاجة) ونفيا للحرج واعترض على هذا بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة اللازمة حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى اقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة ابراء اما للعجز او للترفه والظاهر ان ليس في صورة الترفه حاجة فتامل (وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء) اي بشراء الاضحية (حكيم ابن حزام) هو يكنى ابا خالد ولد قبل الفيل بثلث عشرة سنة او باثني عشرة سنة على اختلاف الروايتين اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش واشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية سنة اربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكر ابن شاهين في كتاب المعجم وقال الكرخي في اول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن ويري عن سفيان عن ابي حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له اضحية فاشترى له اضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى اضحية بدينار فجاءه بدينار واضحية فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعى له بالبركة (وبالتزويج عمر بن ام سلمة) اي وكله بتزويج امه ام سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال صاحب غاية البيان ولنا في توكيل عمر بن ابي سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ام سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين وكذا قال ابو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن ابي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على هذا الحساب سن عمر بن ام سلمة يوم تزوج ام سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لان عمر بن ام سلمة كان له من العمر يوم تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث سنين وكيف يقال لمثل هذا زوج وبيانه انه عليه السلام تزوجها في سنة اربع ومات عليه الصلوة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله انه عليه السلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وان كان قد قاله الكلاباذي وغيره وقال قال ابن عبد البر انه ولد في سنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن ابي سلمة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلوة والسلام سل هذه فاخبرته امه ام سلمة انه زعم يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله صلى الله عليه وسلم



قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر فقال صلى الله عليه وسلم اما والله اني لاتقاكم بالله تعالى واخشاكم وظاهر هذا انه كان كبيرا اقول ظاهر قول المصنف ره وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على ان المراد به ذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره بعد ان ذكر دليلا عقليا عليه فيتجه على ذلك ان توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية فلعل الوجه ان يكون المراد به مجرد تاييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي بيناه ودفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لا اقامة دليل مستقل على الدعوى الكلية السابقة وكانه عن هذا قال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ (قال) اي القدوري في مختصره (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) اي في جميعها (لما قدمنا من الحاجة) يشير الى قوله لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج ان يوكل غيره (اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات) تعليل لجريان ما قدمه ههنا قال صاحب نهاية البيان اما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فانما جاز لما روينا قبل هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره لانه عقد يجوز ان يتولاه الموكل بنفسه فجاز ان يوكل غيره كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز ان يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى اقول تعليله الثاني الذي هو مراد المص ره بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه واما تعليله الاول فغير صحيح لان الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود وما ذكره في تعليله الاول انما يمشي في العقود دون الخصومات ولذلك قال المصنف ره (وقد صح ان عليا رض وكل فيها عقيلا) اي وكله في الخصومات وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي ان عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنز فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة احد الثلثة احمق فقال عقيل اما انا وعنزي فعاقلان وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار رضي الله تعالى عنه اما لانه وقر عقيلا رضي الله عنه لكبر سنه او لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رض وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط اخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني واخرج عن علي رضي الله عنه انه كان وكل عبد الله بن جعفر رض بالخصومة وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا معاذ بن اسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن ابي الجهيم عن عبد الله بن جعفر ان عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما تحضرها الشياطين فجعل علي رضي الله عنه الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الي فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق ان عليا رضي الله عنه وكل اخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رض وكان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما وان الشياطين تحضرها اي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه واشق على سالكه انتهى وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل ايضا على ان لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى ان يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا وجوابه ان تاويل الآية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح ادب القاضي وذكر في غاية البيان (وكذا بايفائها واستيفائها) اي وكذا يجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة (الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها) اي باستيفاء الحدود والقصاص (مع غيبة الموكل عن المجلس) واما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا

اي مع غيبة الموكل (و مع حضوره امر بين لان الغائب انما يكون تسليم النفس او البدن لاقامة العقوبة الواجبة و بهذا الاصح الامن الجاني اذ
اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المص ره بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل و قال في تعليله (لانهما) اي
الحدود والقصاص (تندرئ بالشبهات و شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل) فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك
من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة و شهادة النساء مع الرجال و شبهة العفو ثابتة حال غيبة اي
غيبة الموكل هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا عفو عنها فالمراد ان في القصاص ثبوت شبهة اخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة
العفو لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل (بل هو الظاهر) اي بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعي) لقوله تعالى وان
تعفوا اقرب للتقوى و في القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا
للضرر عن نفسه و لكنا نقول) هذه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفى
الحدود والقصاص عند غيبته (لان الظاهر عدم الرجوع) يعني ان الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع
اذ الصدق هو الاصل لاسيما في العدول فلم يعتبر مثل هذه الشبهة اقول يرد عليه ان الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر
الرواية كما مر في كتاب الحدود ويقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود هناك اللهم الا ان يقال عدم استيفاء الحدود اذ ذاك
لفوات الشرط و هو بداية الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل (و بخلاف حالة الحضرة) اي حضرة الموكل في المجلس حيث
يستوفى ذلك عندها (لانتفاء هذه الشبهة) اي شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى كما لا يشتبه اقول لقائل ان يقول
ان انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقا و الحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على ان شبهة العفو
مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود اصلا ولما استشعر ان يقال اذا كان الموكل حاضرا
لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء راسا اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله (وليس كل احد يحسن الاستيفاء) اما لقلة هدايته
او لان قلبه لا يحمل ذلك (فلو منع عنه) اي عن التوكيل بالاستيفاء (ينسد باب الاستيفاء اصلا) اي ينسد بابه بالنسبة
اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المص ره (وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح)
وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المص ره هذا اي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول ابي حنيفة رحمه الله وقالوا في توجيه تفسيرهم
اياه بهذا المعنى لانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي جميعها باثباتها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص
واستيفائهما بقية الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله
اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المص ره ههنا تكلف بارد و تعسف شارد حيث جعلوا البعض
الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في مجرد كلية مشارا اليه بلفظ هذا الذي يشار به الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة
المحسوس المشاهد ثم ان ههنا لمندوحة عن ذلك بحمل كلام المص ره على معنى ظاهر منه و هو ان هذا الذي ذكرناه صريحا فيما آنفا من قولنا
ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول ابي حنيفة رح (وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص
باقامة الشهود ايضا) اي قال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكالة بالخصومة في بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص
ايضا اي كما لا تجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائهما بالاتفاق (وهو قول محمد رحمهما الله تعالى مع
ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقيل مع ابي يوسف رح) يعني ان قول محمد رحمه الله تعالى مضطرب
يذكر تارة مع ابي حنيفة رحمه الله و تارة مع ابي يوسف رحمه الله تعالى ولكن الظاهر من تحرير المصنف رح ترجيح الاول
كما لا يخفى



كما لا يخفى على الفطن قال في الكافي بعد قوله و قول محمد ره مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة رحمه الله تعالى (وقيل هذا الاختلاف
بين ابي حنيفة وابي يوسف رح في غيبته) اي غيبة الموكل (دون حضرته) اي هو جائز في حضرته بالاتفاق (لان كلام الوكيل
ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له) اي لابي يوسف رحمه الله تعالى (ان التوكيل انابة)
والانابة فيها شبهة لا محالة (وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب) اي في باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات
(كما في الشهادة على الشهادة) اي كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص
بالاتفاق كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي الى القاضي (وكما في الاستيفاء) اي وكالشبهة
التي في التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق (ولابي
حنيفة ره ان الخصومة شرط محض) اي لا حظ لها في الوجوب ولا في الظهور (لان الوجوب مضاف
الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (فيجري فيه التوكيل
كما في سائر الحقوق) اي باقيها لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء
والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة في الشرط لا تصلح للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور
بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور (وعلى هذا الخلاف
المذكور (التوكيل بالجواب من جانب من عليه) اي من جانب من عليه (الحد والقصاص) فاجازه
ابو حنيفة رح ومنعه ابو يوسف رحمه الله وقول محمد رحمه الله تعالى مضطرب قال المص ره (وكلام ابي حنيفة ره فيه)
اي في التوكيل بالجواب (اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع) يعني ان التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص
يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التي ذكرت
في دليل ابي يوسف رح على تقدير كونها معتبرة لا تمنع ههنا (غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه) اي على موكله يعني لو اقر هذا
الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل اقراره استحسانا (لما فيه) اي في اقراره (من شبهة
عدم الامر به) فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس ان يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الاقرار
بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف ره وتوضيحه انا جعلنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من
الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة
فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح واعلم ان جواز التوكيل
باثبات الحدود عند من جوزه انما هو في حد القذف وحد السرقة واما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه
لا حق فيهما لاحد من العباد وانما تقام الحسبة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يصلح توكيله به نص عليه في الكافي والتبيين
(وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز التوكيل بالخصومة) سواء كان التوكيل من قبل الطالب او من قبل
المطلوب (من غير رضاء الخصم) ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا في الشروح والفتاوى
(الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا) يعني الا ان يكون الموكل معذورا بعذر المرض او السفر
لم يجز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم عنده ايضا (وقالا) اي ابو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى (يجوز التوكيل بغير رضا
الخصم) اي يجوز ذلك عندهما في جميع الاول سواء رضي الخصم ام لا وسواء كان الموكل معذورا ام لا وكان ابو يوسف

رحمهما الله تعالى يقول او لا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا
(وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى) ايضا وفي الخلاصة والفقيه ابو الليث يفتي بقولهما رحمهما الله تعالى وفي فتاوى
قاضيخان وبه اخذ ابو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى الصحيح عندي ان القاضي اذا علم بالمدعي
التعنت في اباء التوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل
بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلواني ان ذلك يفوض الى راي القاضي وهذا قريب من
الاول انتهى قال المص ره (ولا خلاف في الجواز) اي لا خلاف بين ابي حنيفة رحمه الله تعالى وبين صاحبيه والشافعي
رحمهم الله في الجواز حتى انه اذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجدد وكالة (انما الخلاف في اللزوم)
انما معناه انه اذا وكل من غير رضى الخصم بل يرتد برده اولا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا التاويل يكون معنى قول القدوري
قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم اي لا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم لان الجواز من لوازم الملزوم فيجوز ذكر اللازم و
ارادة الملزوم كذا في الشروح وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى
الخصم مجازا بقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز انتهى
اقول الظاهر ان مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ما ذكر ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل
الكناية بناء على ما ذكره السكاكي من ان الانتقال في المجاز من الملزوم الى اللازم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشيء اما اولا فلان
لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التاويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز او بطريق الكناية فكان
ما رده المزبور على لفظ زاد من عند نفسه في بيان التاويل المذكور واما ثانيا فلانهم حققوا ان الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم
الى اللازم ورد وا ما ذهب اليه السكاكي بان اللازم ما لم يكن ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جواز ارادة المعنى الموضوع له
وعدم جوازها مانع يجوز ان يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور اصلا ثم قال صاحب العناية والحق ان قوله لا يجوز التوكيل
بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز
والى التوجيه بجعله مجازا انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان هذا كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ان معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه فليس كذلك جدا اذ لا شك
ان معنى الجواز من حيث الحقيقة تغاير معنى اللزوم فنفي الاول يغاير نفي الثاني قطعا وان اراد بذلك ان الثاني هو المراد من الاول
مجازا او كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر في مسئلتنا
هذه ان يكون الخلاف في نفس الجواز فدفع المص ره ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم فهذا كلام لا غبار عليه
ثم اعلم ان المص ره ليس باول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشايخ منهم الامام شمس الائمة السرخسي
حيث قال في شرح ادب القاضي ان التوكيل عند ابي حنيفة رح بغير رضى الخصم صحيح ولكن للخصم ان يطالب الموكل بان يحضر بنفسه و
يجيب ومنه الامام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضى الخصم لا يقع لازما وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
يقع لازما وذكر في المحيط البرهاني ان رضى الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند ابي يوسف ومحمد رحمه الله وقد اختلف المشائخ على قول
ابي حنيفة رحمه الله بعضهم قالوا رضى الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضى الخصم عنده شرط
صحة التوكيل وانما اختلفوا لاختلاف الفاظ الكتب ذكر في شفعة الاصل ان التوكيل بغير رضى الخصم باطل في قول ابي حنيفة رح وذكر في



في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله والصحيح ان التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور و
الجواب لخصومة الوكيل الا ان يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم او غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى وهكذا
ذكر في الذخيرة ايضا (لهما) اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (ان التوكيل تصرف في خالص حقه) اي في خالص حق الموكل
وهذا لانه انما يوكله بالخصومة او بالجواب وكلاهما من خالص حقه اما الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر
عليها واما الجواب فلانه اما انكار او اقرار وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضا
غيره) فصار (كالتوكيل بتقاضي الديون) وقبضها وايفائها (وله) اي ولابي حنيفة رح (ان الجواب مستحق على
الخصم) يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه (ولهذا يستحضره) اي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل
ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في الباب ان يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان
في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير وههنا ليس كذلك اذ لا شك (والناس متفاوتون في الخصومة)
اي من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب انسان
لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه قوله عليه السلام والسلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت
له بشيء من مال اخيه فلا يأخذ فانما اقطع له قطعة من نار ذكره في ادب القاضي والاسرار ومعلوم انه لا يوكل عادة الا من هو الد واشد
في الخصومات ليغلب على الخصم (فلو قلنا بلزومه) اي بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضى الخصم (يتضرر به) اي يتضرر
الخصم به (فيتوقف على رضاه) فصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما) اي احد الشريكين يتخير الآخر اي يتخير
الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها وكان تصرف احدهما متوقفا على رضى الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريك
قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح ومعنى هذا الكلام ان الحضور والجواب مستحق عليه بدليل ان
القاضي يقطعه عن اشتغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون اشد دفعا للمدعي من انكار ولما
ان الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل ان يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع
حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم والاكثر ما في هذا الباب ان يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير
من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية ايضا اقول فيه
نظر لان اصل هذه المسئلة عام لصورة التوكيل من جانب المدعي ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما افصح عنه الشراح
قاطبة في صدر هذه المسئلة وصرح به في عامة كتب الفتاوى ايضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك
بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمل التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكر في شرحنا وقال صاحب العناية
في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق
للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس
يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه ليتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل ابي حنيفة رح
دليلين احدهما منع لما قاله والآخر تسليمي له فيرد على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا
باحدى صورتي المسئلة العامة المدعاة تامل تقف فالوجه ان يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في
شرحنا لكن الانصاف ان تاثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى

على الفطن المتامل (بخلاف المريض والمسافر) متصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك (لان الجواب غير مستحق) اى غير واجب (عليهما) اى على المريض والمسافر (هنالك) اى فيما اذا كان الموكل مريضا ومسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج اقول ههنا شئ وهو ان ماذكره المصنف ره من الفرق انما ينفذ فى صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما فى صورة ان كان من جانب المدعى فلا لان الجواب غير مستحق على المدعى سواء كان صحيحا مقيما او مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليه مع ان المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققته فكان ينبغى ان يراد عليه ان يقال وان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وافات التاخير اشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس فى الخصومة فيتحمل الادنى دون الاعلى وفى فتاوى قاضيخان واجمعوا على ان الوكيل لو كان غائبا او فى مدة السفر او كان مريضا فى المصر لا يقدر ان يمشى على قدميه الى باب القاضى كان له ان يوكل مدعيا كان او مدعى عليه وان كان لا يستطيع ان يمشى على قدميه ولكنه يستطيع ان يمشى على ظهر دابة او ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف ايضا وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح انتهى (ثم لما يلزم التوكيل عنده) اى عند ابى حنيفة رح (من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة) اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وفى فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر او فى مدة السفر ان يوكل بغير رضى الخصم يجوز لمن اراد ان يخرج الى السفر لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن القاضى ينظر الى زيه وعدة سفره او يسال عمن يريد ان يخرج معه فيسال عن رفقائه كما فى فسخ الاجارة انتهى (ولو كانت المرأة مخدرة) اختلفت عبارات المشائخ فى تفسير المخدرة فقال بعضهم هى التى لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضى وقال الامام البزدوى هى التى لا يراها غير المحارم واما التى جلست على المنصة فرآها الاجانب لا تكون مخدرة فاختار المص ره التفسير الاول حيث قال (لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم) فان هذه الصفة كاشفة للمخدرة جارية مجرى التفسير لها (قال الرازى) اراد به الامام ابا بكر الجصاص احمد بن على الرازى صاحب التصانيف الكثيرة فى الاصول والفروع واحكام القرآن واليه انتهت رياسة اصحاب ابى حنيفة رح بعد ابى الحسن الكرخى وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة (يلزم التوكيل) اى يلزم التوكيل منها بلا رضى الخصم وبدون عذر المرض والسفر (لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) دفعا للحرج فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهى لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال فى الحوائج يبعث الحاكم اليها ثلثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الآخران على حلفها وكذا فى المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لا تجرى فى الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد فى ادب القاضى وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة او الى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز لان مجلس الخليفة كمجلسه كذا فى معراج الدراية وغيره (قال رضى الله عنه) اى قال المص رحمه الله تعالى (وهذا) اى ماقاله الرازى (شئ استحسنه المتاخرون) وفى فتاوى قاضيخان ويجوز للمرأة المخدرة ان توكل وهى التى لم تخالط الرجال بكرا كانت او ثيبا كذا ذكره ابو بكر الرازى وقال الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده ظاهر المذهب من ابى حنيفة رحمه الله تعالى انها على الاختلاف ايضا وعامة المشائخ اخذوا بماذكره ابو بكر الرازى رحمه الله تعالى وعليه الفتوى انتهى (قال) اى القدورى فى مختصره (ومن شرط الوكالة



ان يكون الموكل ممن يملك التصرف) قيل هذا على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فاما على قول ابى حنيفة رح فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم فى الاصل وانما امتنع بعارض النهى كذا فى الكافى والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية فى تفسير قوله ممن يملك التصرف اى ممن يملك ذلك التصرف الذى وكل الوكيل به وقال قد ذكرناه فى اوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة ان هذا القيد وقع على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابى حنيفة رح فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذى وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ماذكره فى الكتاب ماذكره فى الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدى هذا وبعه بعبد او قال اشتر لى به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل فى مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد او قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك فى التوكيل ولم يجز فى مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو ان الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة واما اذا لم تؤد اليها فلا تمنع كما فى بيع قفيز من صبرة طعام او شرائه ثم جهالة الوصف فى التوكيل لا تفضى الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضى الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه اقول فى جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما افاد لمية صحة التوكيل فى مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه فى مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله ان ماذكر فى الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق فى مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابى يوسف رح ومحمد رحمهما الله واما على قول ابى حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف فى الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم انه جعل اللام فى قوله يملك التصرف للعهد اى يملك التصرف الذى وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبى والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف واجاب حيث قال لا يخفى عليك دخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب ان مراده ان المالك للتصرف المخصوص للتعدد حتى يستقيم ادخال من فى من يملك انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نم ان المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد الا يرى الى الحقوق المشتركة مالا كانت او غيره فان كل واحد من اصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم فى التعدد الى الالف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى او غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ فى من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض واما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر فى المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ماذكره كله مبنى على فهم ان يكون مراد صاحب العناية بكلمة من فى قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر ان مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف فى قوله حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مراده كلمة من زيادة حرف الجر يقال حيث لم يقل ان يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ ان الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ماعرف فى النحو ومن الفاظ العام على ماعرف فى الاصول فيكون المراد به جنس المالك لان الغرض المعين منه ولا شك ان الذى يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ثم ان الانسبية

قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى اقول هذا ايضا ليس بسديد فان قوله ويقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد ولا شك ان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله على ما تقرر في علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هناك ايضا ثم ان حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب ابي حنيفة رح لم يجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها وهو جائز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم ان ليس بشرط على مذهبه بل الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ومعنى قوله ان يكون ممن يملك التصرف ان يكون له ولاية شرعا في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو ان يعقل العقد ويقصده حاصل في التوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله الى هنا كلامه ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما اما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه واجاب بعضهم بان المراد بملكه التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطاء اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي الماذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي الماذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع انتهى كلامه اقول ما ذهب اليه صاحب العناية ههنا ليس بمثابة ان يقال له هو خطاء بحر وما ذكره ابن الهمام فان الذي يهمه في توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه وهذا لا يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي الماذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي الماذون على مذهبنا في تفصيله واما قوله بان يكون عاقلا بالغا ففضلة من التوجيه ذكره لبيان المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجور واما الصبي الماذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا وقصدوا به فيه الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبي الماذون عنه صراحة (**ويلزمه الاحكام**) قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل وغيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما كذا في اكثر الشروح قال صاحب غاية البيان للقيل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه احكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا انتقض بالوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رايه انتهى كلامه (**لان الوكيل يملك**



**التصرف من جهة الموكل**) تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به يعني ان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال (**فلا بد من ان يكون الموكل مالكا**) اي التصرف (**ليملكه من غيره**) قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل والتصرف الذي وكل به والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل انتهى اقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بان قال اصنع ما شئت او اعمل برايك واما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك ان الوكيل هناك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والا لصح له ان يتصرف هناك بتصرف آخر كان وهب الخمر التي وكل ببيعها الذمي او يشتري لها منه شيئا او نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندي في الجواب ان يختار الشق الثاني وهو ان الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله او بناء ذلك على الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع لعارض انتهى وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة (**ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد**) بان يعرف مثلا ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش وكذا ذكر في ماذون الذخيرة وفي اكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون (**ويقصده**) اي يقصد العقد والمراد ان لا يكون هازلا فيه كذا راى جمهور الشراح ورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم اي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته ان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى اقول تخريج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ههنا حيث قال القصد شرطه ووقوع العقد عن الآخر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتامل وانما اشترط ذلك في الوكيل (**لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة**) واهلية العبارة لا يكون الا بالعقل التمييز لان كلام غير المميز كالحان الطيور (**حتى لو كان الوكيل صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا**) اذ ليس لهما اهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم قال صاحب العناية وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد ان معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت احد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع اذ لا شك ان من لا يمارس العلم اصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم ان ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين او ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال اكثر اهل السوق وان اراد ان معرفة عبارات اهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحهم فيه مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن لا يجدي ذلك شيئا اذ لا يخفى ان المراد بما ذكر في الكتب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثاني

(وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) هذا لفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي أن يقيد
بالعاقل أيضا لأن المجنون إذا وكل غيره لا يجوز وكأنما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لأن غالب أحوال الإنسان أن يكون
عاقلا أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد وإنما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين فإن توكيل كل
واحد منهما غير جائز كسائر تصرفاتهما ثم إن هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد
المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون ألا يرى أن التعليل بقوله (لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل
من أهل العبارة) يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة
في شرح الوقاية ولو قال كل منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله أو المأذون وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى وصاحب
العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بالطريق الأولى أقول لا يذهب عليك
أنه لا يجدي كثير طائل إذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة
إذ لا أحد فوق الحر البالغ (وإن وكل) أي الحر البالغ والمأذون (صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا
محجورا عليه جاز) خلافا للشافعي رحمه الله تعالى (ولا يتعلق بهما الحقوق) أي حقوق ما باشراه من العقد كالقاضي وأمينه
حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه (وتتعلق بموكلهما) وإنما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه أما من جانب الموكل فظاهر وأما من
جانب الوكيل فما ذكره المص ره (لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد
من أهل التصرف على نفسه مالك له) أي للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص
(وإنما لا يملكه) أي التصرف (في حق المولى) دفعا للضرر عنه (والتوكيل ليس تصرفا في حقه) أي في حق المولى
لأن صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية في حق صحة العبارة فإن صحتها بكونه آدميا (إلا
أنه لا يصح منهما) أي من الصبي والعبد المحجور عليهما (التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته) أي أما الصبي المحجور
عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ (والعبد لحق سيده) أي وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته فلو
لزمه العهدة لتضرر به المولى وإذا كان كذلك (فتلزم) أي العهدة (الموكل) لأنه أقرب الناس إليها حيث انتفع
بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق
وأن الصبي إذا بلغ لم يلزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك
الوقت فلم يلزمه بعد البلوغ أيضا والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان ثم إن
في تقييد الصبي والعبد بقوله محجورا عليه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل
ذكر في الذخيرة وهو أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا وإذا وكل بالشراء
فإن وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى إن البائع يطالب الآمر بالثمن
لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وهذا ليس كذلك إنما هذا التزام
مال في ذمته يستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال
فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي
من الموكل فكأنه اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه لا يضمن من الثمن لا يملك المشتري



لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لأنه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب في العبد المأذون إذا
وكل بالبيع والشراء على هذا التفصيل ثم إن الصبي والعبد المحجورين وإن لم تتعلق بهما الحقوق فالقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما
ذكر في الكتاب من بعد فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان
لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى (وعن أبي يوسف ره أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه
صبي أو عبد محجور) وفي بعض النسخ أو مجنون فقيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة المص ره محجور مقام مجنون
قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف
انتهى (له خيار الفسخ) أي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة (لأنه) أي لأن المشتري (دخل في العقد على ظن أن
حقوقه تتعلق بالعاقد) يعني أن المشتري ما رضي بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد (فإذا ظهر خلافه يتخير) لأنه فات عنه
وصف مرغوب فصار (كما إذا عثر) أي اطلع (على عيب) أي على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا وفي ظاهر الرواية لا خيار
للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة (قال) أي القدوري في مختصره (والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين) وقال
في بعض نسخه والعقد الذي يعقده الوكلاء أي جنس العقد كذا في غاية البيان (كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه) أي يصح إضافته
إلى نفسه ويستغني عن إضافته إلى الموكل (كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) أقول هذه الكلية تنتقض
بما إذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه فإن حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وإن كان العقد مما يضيفه الوكيل إلى نفسه
كما عرفته فيما مر (وقال الشافعي ره تتعلق بالموكل) وبه قال مالك وأحمد (لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو
الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار) أي صار الوكيل في هذا الضرب (كالرسول) بأن قال رجل لآخر كن رسولي
في بيع عبدي وحقوق العقد تتعلق بالرسول بلا خلاف (والوكيل في النكاح) أي وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب
الثاني فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل بالاتفاق كما سيجيء (ولنا أن الوكيل هو العاقد) يعني أن الوكيل في هذا الضرب
هو العاقد (حقيقة) أي من حيث الحقيقة (لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أي وصحة عبارة العاقد أي وصحة كلامه
(لكونه آدميا) له أهلية الإيجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وفي الكافي فقضيته تستدعي
أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في الحكم وراعينا الأصل
في الحقوق (وكذا حكما) أي وكذا الوكيل في هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (لأنه) أي الوكيل
(يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك) أي عن إضافة
العقد إلى الموكل (كالرسول) والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه (وإذا كان كذلك)
أي إذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما (كان أصيلا في الحقوق فيتعلق حقوق العقد به)
أي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (ولهذا) أي فلكون الوكيل في هذا الضرب أصيلا في الحقوق (قال
في الكتاب) أي قال القدوري في المختصر (ويسلم) أي قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع
الصغير أو المبسوط (يسلم المبيع) أي يسلم الوكيل المبيع (ويقبض الثمن) إذا باع (ويطالب) بصيغة
المجهول أي يطالب الوكيل (بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع) أي ويقبض المبيع إذا اشترى
(ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) بفتح الصاد في الأول وكسرها في الثاني

فالاول فيما اذا باع والثاني فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم ان ههنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال يجب ان يعلم ان الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع فالعمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسياتي في كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا الموكل مورثهم وعند الشافعي رح للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل او وارثه وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن واخواتها الى ههنا كلامه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه) اي عن الوكيل هذا هو جواب عما قاله الشافعي رح ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره ان الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا اصالة حتى يثبت له توابعه ايضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك (**اعتبارا للتوكيل السابق**) والحاصل ان الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك (**كالعبد يتهب ويصطاد**) فانه اذا اتهب اي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط وتحقيق المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته واعمالها ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته واهليته لبطل توكيل الموكل ولو اثبتناهما للموكل لبطل عبارة الوكيل فاثبت الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المص ره بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من العقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية ثم اعلم ان هذا المسلك طريقة ابا طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قال ابي طاهر اصح وقال المصنف ره (**هو الصحيح**) واحترز به عن طريقة ابي الحسن الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل واليها ذهب بعض اصحابنا وهي اختيار الامام قاضيخان كما ذكر في التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو يثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية ان نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر ولا دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عنه عتق عليه الحديث انتهى اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم ان المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك ان الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة قال الصدر الشهيد ان القاضي ابا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم ينتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق ووافق ابا طاهر في حق الحكم وهذا احسن كذا ذكر في الايضاح والفتاوى الصغرى (**قال رض**) اي قال المص رح (**في مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى**) اراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا في عامة الشروح قال بعض الفضلاء القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ اقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية



في الكتاب انما هو الذي ذكره الشراح ههنا فان الوكيل اذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله ان يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا ان بقي المبيع في يده بقي حق الرد له وان لم يبق في يده بل كان سلمه الى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل ولما لم يعلم هذا التفصيل ههنا وكان مما يحتاج الى بيانه احاله المص ره على ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء واما الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فما الاساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا امر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل ولا شك ان المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب فلهذا لم يعمها الشراح لما توهمه ذلك القائل (**قال**) اي القدوري في مختصره (**وكل عقد يضيفه**) اي يضيفه الوكيل (**الى موكله**) هذه ضابطة الضرب الثاني اي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل (**كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل**) ففرع على ذلك بقوله (**فلا يطالب**) بصيغة المجهول (**وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها**) اي تسليم المرأة الى زوجها (**لان الوكيل فيها**) اي في هذه العقود (**سفير محض**) اي معبر محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير (**الا ترى انه**) اي الوكيل (**لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل**) كيف (**ولو اضافه الى نفسه كان النكاح**) مثلا (**له**) اي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه (**فصار كالرسول**) يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ولا شك ان الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول (**وهذا**) يعني كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل وهذا على ما هو داب المص ره في كتابه هذا من انه يقول بعد ذكر دليل على مدعى وهذا لان الخ ويريد به ذكر دليل آخر لمي بعد ان ذكر دليلا انيا فههنا لما بين انية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل اراد ان يبين اللمية ايضا بقوله (**لان الحكم فيها**) اي في هذه العقود (**لا يقبل الفصل عن السبب**) حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا يقبل ذلك (**لانه**) اي لان السبب في هذه العقود (**اسقاط**) اي من قبيل الاسقاطات اما في غير النكاح فظاهرة اما في النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقت حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا ان الشارع اثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل فكان ذلك اسقاطا لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرة بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكره في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود (**فيتلاشى**) اي فيضمحل (**فلا يتصور صدوره**) اي صدور السبب بطريق الاصالة (**من شخص وثبوت حكمه لغيره**) كما في الضرب الاول (**فكان سفيرا**) اي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا للعبارة وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها اسقاطا فاما ان يثبت الحكم للوكيل وينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا (**والضرب الثاني**) وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله (**من اخواته**) اي من افراده التي من حقه

اى مشاركة فى الحكم (العتق على مال) قوله والضرب الثانى مبتدأ موصوف وقوله من اخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان وهو قوله العتق على مال والجملة اعنى المبتدأ الثانى مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن اخوات الضرب الثانى العتق على مال قال بعض الفضلاء فى تفسير كلام المص ره ههنا اى العقود التى ذكرت فى الضرب الثانى من اخواتها العتق على مال وقال انما فسرنا به لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثانى لا من اخواته اقول لا يذهب على ذى مسكة ان التفسير الذى ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العموم اصلا فكيف يحمل المعنى عليه واما كون العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثانى لا من اخواته فانما ينافى اعتبار الاخوة بين الضرب الثانى ومشمولاته وليس ذلك من ضرورات كلام المص ره ههنا لانه يجوز ان يكون اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثانى لكن ههنا من افراده ويكون التعبير عنها بالاخوات للتنبيه على مشاركتها فى الحكم كما اشرنا اليه فى تفسير قوله من اخواته ثم المتبادر من اضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما فى نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر (والكتابة) عطف على العتق على مال داخل فى حكم الكلام السابق وكذا قوله رضى الله (والصلح عن الانكار) وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثانى لانها من الاسقاطات دون المعاوضات اما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر واما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين فى حق المدعى عليه (فاما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول) اراد بالصلح الذى هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع واما اذا كان الصلح عن دم العمد او كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثانى وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المص ره فى باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح اقول فبهذا ظهر ان ما وقع ههنا فى الشروح من تفسير الصلح الذى هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير فى تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما بدل المص ره اللفظ اليسير باللفظ الكثير (والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا) وتفسير هذا ما ذكره فى الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان او يتصدق به عليه او يعيره اياه او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه لان احكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيه اصيلا لانه اجنبى عن المحل الذى يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك انتهى واشار المص ره الى التعليل المذكور فيه ايضا بقوله (لان الحكم فيها) اى فى العقود المذكورة (يثبت بالقبض) اى القبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما (وانه) اى القبض (يلاقى محلا مملوكا للغير) اى لغير الوكيل فالحكم ايضا يلاقى محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل (فلا يجعل) اى الوكيل (اصيلا) لكونه اجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرف التى تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب ان يكون اصيلا فيها لانه اصل فى التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما يحتاج الى القبض اولى لضعفها فى العلية انتهى اقول ما استشكاله بشئ ولا دفعه اما الاول فلانه اذا ثبت ان الوكيل فى هذه العقود لم يجعل اصيلا فى الحكم ثبت ايضا ما فيه الكلام وهو عدم الحقوق بالوكيل فى هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل فى الضرب الاول ثبوت الحكم الذى هو ملك للموكل خلافة من الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل اصيلا فى الحكم فاذا لم يجعل فى العقود المذكورة اصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيهما



واما الثانى فلان الباعث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا مثلا شيئا والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية واما الضعف فى العلية فان كان له مدخل فانما هو فى حق نفس ثبوت الحكم لا فى حق الانتقال فتأمل (وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس) يعنى اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بان وكله بالاستيهاب او الاستعارة او الارتهان او غير ذلك يكون الوكيل سفيرا ايضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه يضيف العقد الى موكله وفى العناية اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل ويتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لابد له من اضافة العقد الى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى (وكذا الشركة والمضاربة) يعنى اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة يكون الوكيل سفيرا ايضا ويتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لابد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله (الا ان التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس (حتى لا يثبت الملك للموكل) فللوكيل ان يمنع الذى استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية اعلم انى اعيد لك ههنا ما ذكرته فى اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سمح ذهنك بخلافه فلا يلومه فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف فى مال الغير وانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل الوفاء والقرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محلهما عبارة الموكل فانما يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد فلغا عن بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيها بدل فى الذمة فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر فى الايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد والله اعلم بالصواب الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان الدليل الذى ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل الماخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكروا فى صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندى لان التصرف فى ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير او امر بغصبه واما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا الا يرى ان المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذى هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذى هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد فى جواز ذلك والظاهر ان التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف فى ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغى ان يجوز ايضا واما ثانيا فلان ما ذكره فى الرد بالتوكيل بالشراء من انه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نم ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع بل هو امر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء امرا بقبض المبيع سلمنا ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع ايضا لكنه امر به بعد ايجاد العقد لا قبل كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشترى لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما مر بيانه فالصواب فى تمشية النقض بالتوكيل بالشراء ان يقال انه امر بتملك المبيع الذى هو ملك الغير كما ذكر فى الذخيرة وغيرها واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله فى الجواب عن النقض المذكور ان محله هو الثمن فى ذمة الموكل ان محل التوكيل بالشراء

هو نفس الثمن فلا تم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان اراد بذلك ان محله هو ايجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتي فان معناه ح هو انه هلا جعل محله في الاستقراض ايضا ايجاب البدل في ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بانه محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه في ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من ان البدل في باب القرض انما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بالعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض اولا حتى يستقيم الامر بالايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير واما رابعا فلان قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لان الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا ارسلني اليك يستعير منك كذا وقال الوكيل بالاتهاب ان فلانا ارسلني اليك يتهب منك كذا فانهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل اخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة فان الرسالة صحيحة في الاستقراض ايضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو اخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا ارسلني اليك ليستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة استعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب اتهب منك كذا لفلان الموكل فانهما في هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل اصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انما تكلما بالكلام بانفسهما الا انهما اضافا العقد الى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني فاين يمشي القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على ان ذلك القول منه مخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من ان الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل واما خامسا فلان قوله فالجواب انما اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشئ لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات واما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وايضا استحالة اجتماع الاصل والخلف انما يقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز ان تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض ايضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل الا يرى انها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تامل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي امره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المص ره ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل بالملا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل بالملا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان اليك يستقرض كذا فح يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته انتهى كلامه اقول فيه بحث اذ لا شك ان معنى قول المصنف ره وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس ان الوكيل ههنا سفير ايضا لا يتعلق الحقوق به بل بموكله لاضافته العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل



من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح فلو كان معنى كلام المصنف ره ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا اضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل يبطل الوكالة ويكون مالنفسه لا لموكله لان هذه الصور كلها من الضرب الثاني ومن شرط هذا الضرب ان يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمري ان هذا الشارح قد هرب ههنا عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى حتى افسد معنى كلام المصنف ره بالكلية قال المصنف ره (بخلاف الرسالة فيه) اي في الاستقراض فانها تصح قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ليستقرض منك فح يثبت الملك للمستقرض اي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين وعن ابي يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز (وقال) اي القدوري في مختصره (واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه) اي فللمشتري ان يمنع الثمن من الموكل (لانه) اي الموكل (اجنبي عن العقد وحقوقه لما) تقدم (ان الحقوق) تعود (الى العاقد) في البيع وامثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل (فان دفعه اليه) اي ان دفع المشتري الثمن الى الموكل (جاز) يعني ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز دفعه اليه استحسانا فالفاء في قوله فان دفعه للعطف لا للسبب ولكن لو بدلت بالواو لكان احسن كما لا يخفى (ولم يكن للوكيل ان يطالبه به) اي بالثمن ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه) اي حق الموكل وان كانت مطالبة حق الوكيل (وقد وصل اليه) اي وقد وصل حق الموكل الى نفسه (فلا فائدة في الاخذ منه) اي من الموكل (ثم في الدفع اليه) اي الى الوكيل واعلم ان هذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف بالقبض وكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل اشير الى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح (ولهذا) اي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل) حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برء المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فان الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم تحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصر المسافة فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولما استشعر ان يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده اجاب بقوله (وبدين الوكيل اذا كان وحده) ان كان (تقع المقاصة عند ابي حنيفة ره ومحمد ره لما انه) اي الوكيل (يملك الابراء عنه) اي عن المشتري (عندهما) اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني انه ان كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده ولعله ان الوكيل يملك الابراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة ايضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض (ولكنه يضمنه) اي ولكن الوكيل يضمن الثمن (للموكل في الفصلين) اي في فصل الابراء والمقاصة بخلاف الابراء فانه لا يضمن لاحد في شئ من الفصلين فافترقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز

ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن فى ذمة المشترى ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف فى ملك الغير على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشترى ووجه ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل لا يملك منعه عن ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو فى الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما اسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكنه يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه كذا فى المبسوط فان قيل ينبغى ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذى يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه يخالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشترى عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بالطريق الاولى كذا فى الذخيرة

## باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل فى الشراء قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا فى الشروح اقول هذا الذى ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو امر وهمى لا يخفى لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك فى المبيع ينبئ ايضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن المبيع ينبئ ايضا عن اثبات الملك فى الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما شيئان فى الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل والعمدة فى عقد المبايعة هو المبيع فيكفى انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لا شك ان ثبوت ملك المشترى فى المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع عنه والا يلزم ان يجتمع فى كل مبيع فى آن واحد هو قبيل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشترى ولا يخفى بطلانه فتعين ان ثبوت الملك وزواله فى البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين واما قضية كون الازالة بعد الاثبات فانما يجرى فى محل بالنسبة الى شخص واحد فهى بمعزل عما نحن فيه فالاظهر ان الوجه فى تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه فى تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر ابواب الوكالة من كونه اكثر وقوعا وامس حاجة فان اكثر الناس يوكل الآخر بالشراء فى ماكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التى قلما يخلو الانسان فى اوقات من الاحتياج اليها وقلما يقدر على ان يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل فى باب البيع كما لا يخفى (قال) اى القدورى فى مختصره (ومن وكل رجلا بشراء شئ) اى شئ غير معين لان فى المعين لا احتياج الى تسمية الجنس والصفة كذا فى الشروح (فلا بد من تسمية جنسه) كالعبد والجارية وان العبد جنس عند اهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام (وصفته) اى نوعه على ما سيأتى فى كلام المصنف كالتركى والهندى قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر فى الفوائد الظهيرية محالا الى اهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى اقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة انه لم يأت بشئ يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذى ذكره اولا حاصل لما قيل هو امر مبهم متناول لامور كثيرة غير مراد بالجنس والنوع ههنا قطعا والذى ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ما ذكروه من امثلة الجنس والنوع وقال صاحب الغاية واراد بالجنس النوع لا مصطلح اهل المنطق وهو الكلى المقول على كثيرين مختلفين بالنوع فى جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد فى جواب ما هو واراد مصطلح اهل النحو وهو ما علق على شئ وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس ما يندرج تحته اشخاص وقد مر بيان ذلك فى



كتاب النكاح فى باب المهر انتهى اقول كل واحد من المعانى الثلاثة التى ذكرها لا يجوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيها اما الاول فلانه ان اراد بالنوع فى قوله وان اراد بالجنس النوع النوع المنطقى كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند اهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من اصناف نوع الانسان وان اراد بذلك النوع اللغوى بمعنى القسم يلزم ان يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل اصنافها ايضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم منه فلا يتميز الجنس الشرعى عن النوع الشرعى وما دونه فيختل معنى المقام واما الثانى فلان ذلك المعنى الذى هو مصطلح اهل النحو فى اسم الجنس وحاصله ما علق على شئ لا بعينه كما ذكره فى باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها ليس من الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق ايضا على ما تحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية وما دونها فلا يتميز الجنس الشرعى حينئذ من غيره فيختل معنى المقام واما الثالث فلان ذلك المعنى الذى هو مصطلح حكماء يونان فى الجنس على ما نقل عن ابى على بن سينا يصدق على كل مفهوم كلى يندرج تحته اشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما تحتها من الانواع الشرعية واصنافها فلا يتميز الجنس الشرعى من غيره حينئذ ايضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة فى جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة فى جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركى والهندى والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف انتهى اقول لا يخفى على العارف بالفقه ان ما قاله صاحب العناية اقرب الى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند اهل الشرع لكن فيه ايضا اشكال لانه ان اراد بالصنف فى قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقى كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان الحمار نوع عند اهل الشرع على ما سيجئ فى الكتاب مع انه ليس بصنف منطقى بل هو نوع عند اهل المنطق ايضا وان اراد بذلك الصنف اللغوى بمعنى الضرب والقسم يرد عليه ان الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند اهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه (او جنسه ومبلغ ثمنه) اى او تسمية جنسه ومقدار ثمنه (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار) اى فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذلك الجنس مجردا عن الصفة او الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما امره الموكل به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا فى العناية اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور انه لو لم يسم الموكل بشراء شئ نوعه مع جنسه او مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل به معلوما فلم يمكن للوكيل الائتمار بما امر به وعلى هذا لا يحتمل ان يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين خلاف المفروض وان اراد ان الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع ما من انواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به ح معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فاذا اشترى الوكيل اى نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بما امر به ويمكن الجواب بان الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز ان يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يكن للوكيل الائتمار بامره على وفق مراده فمعنى كلام المص ليصير الفعل الموكل به

معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سياتي فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (الا ان يوكله وكالة عامة) استثناء من قوله فلابد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه يعني اذا وكله وكالة عامة (فيقول ابتع لي ما رايت) فلا يحتاج الى ذكر شيء منها (لانه) اي الموكل في هذه الصورة (فوض الامر الى رايه) اي راى الوكيل (فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا) لامر الموكل فيقع عنه اعلم ان الجهالة ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلوة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم يبين صفتها ولان الوكالة مبنية على التوسع لكونها استعارة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او شراء امة او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن او النوع لا يصح ويلتحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكره في الكافي اخذا من المباسيط والجوامع فاراد المص ره ان يشير الى هذه الانواع الثلثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال (والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا) هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة فانما قيد بالاستحسان لان القياس ان لا تتحمل الجهالة في الوكالة وان قلت بناء على ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء الا يرى انا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط) يعني اشتراط بيان الوصف او اشتراط عدم الجهالة اليسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعا بالنص (ثم ان كان اللفظ) اي لفظ الموكل (يجمع اجناسا) كالدابة والثوب (او ما هو في معنى الاجناس) كالدار والرقيق (لا يصح التوكيل وان بين الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك (لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس) اي يوجد فرد من كل جنس (فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لا يقدر على الامتثال (وان كان) اي اللفظ (جنسا يجمع انواعا) كالعبد والامة (لا يصح) اي التوكيل (الا ببيان الثمن او النوع) هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك (لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) اي امتثال امر الآمر (مثاله) اي مثال هذا النوع من انواع الجهالة وانما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سياتي في اثناء مسئلة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه (اذا وكله) اي اذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد او جارية لا يصح) اي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ (لانه يشمل انواعا) اي لان هذا اللفظ يعني لفظ عبد وجارية يشمل انواعا فلا يدرى المراد (فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي) او السندي او المولد وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الاسلام (جاز) اي التوكيل (وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه) اراد به قوله الاول بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشائخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة (ولو بين النوع او الثمن ولم يبين صفته) وهي (الجودة والرداءة والسطة) اي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في ان الثاني آخره ما عوضت عن الواو الساقطة من اوله فافي المصدر

مافي



والفعل من حد ضرب (جاز) اي التوكيل (لانه) اي هذا القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) اي يسيرة فلا يبالى بها (ومراده) اي مراد القدوري (من الصفة المذكورة في الكتاب) اي في مختصره (النوع) ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشائخ (وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة) اي وان بين الثمن كما ذكر فيما مر ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل امر رجلا ان يشتري له ثوبا او دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه فالوكالة باطلة (للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا) يعني ان لفظ الدابة سواء حمل على اللغة او على العرف قد جمع اجناسا وكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب) اي هو ايضا يجمع اجناسا (لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء) اي من الاعلى الى الادنى وكانت الجهالة فيه فاحشة (ولهذا لا يصح تسميته) اي تسمية الثوب (مهرا) فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر ايضا (وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس) يعني الدار وان لم يجمع اجناسا حقيقة الا انها تجمع ما هو في معنى الاجناس (لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال) اي تعذر الامتثال لامر الآمر بشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة (قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) اي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير قال المص ره (معناه) يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار (نوعه) فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية هو تقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتاخرون من مشائخنا يقولون في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وانا اقول في تحقيق المقام انما حمل المصنف ره الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لئلا يختل معنى المقام وانه لو اجرى الجنس ههنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومختلا بالنظر الى مسئلة الثوب اما الاول فلان الموكل اذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصف جنسها اذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن او ببيان النوع كما تقرر فيما قبل واما الثاني فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجري على معناه الظاهري لان الثوب من قبيل ما يجمع اجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهي لا ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس واما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسئلة الثوب بلا غبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التي تمنع صحة الوكالة قطعا وانما يبقى الكلام في مسئلة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع ان تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط بل في رواية عامة الكتب فيصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية فيجوز ان يكون الامر ههنا ايضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على ان الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المص ره ومدار رواية تلك الكتب على ان الجهالة فيها متوسطة كما هو جواب انا ان جعلنا وصف النوع في حق الدار بيان المحلة صار ما ذكر في الجامع الصغير عين ما قاله المتاخرون من مشائخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب فتامل قال المصنف ره (وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه) اي يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه

وان لم يبين الثمن وبه صرح فی المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمیة النوع وانما یثبت الجهالة بالوصف فیصح الوكالة بدون
تسمیة الثمن فان قیل الحمیر انواع منها ما یصلح لركوب العظماء ومنها ما لا یصلح الا للحمل علیه قلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك یصیر معلوما
بمعرفة حال الموكل حتی قالوا ان القاضی او الوالی اذا امر انسانا بشراء حمار ینصرف الی ما یركب مثله حتی لو اشتراه مقطوع الذنب والاذنین
لا یجوز علیه بخلاف ما لو امره القالیزی بذلك كذا فی المبسوط وذكر فی كثیر من الشروح اقول بقی ههنا كلام وهو ان ما ذكره المصنف ره
ههنا مخالف لما ذكره فی باب المهر فی مسئلة التزوج علی حیوان غیر موصوف حیث قال هناك معنی هذه المسئلة ان یسمی جنس الحیوان
دون الوصف بان تزوجها علی فرس او حمار انتهی فقد جعل الحمار هناك جنسا وههنا نوعا والتوجیه الذی ذكره صاحب العنایة هناك
من انه اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح اهل المنطق لیس بجید اذ قد صرح المصنف ره ههنا بان الحمار نوع ولا شك ان مراده
بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا لم یلزم بیان ثمن الحمار ایضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم یكن الحمار جنسا علی مصطلح الفقهاء ایضا (قال)
ای محمد رح فی الجامع الصغیر (ومن دفع الی آخر دراهم وقال اشتر لی بها طعاما فهو علی الحنطة ودقیقها استحسانا)
وانما قید بدفع الدراهم الی آخر لانه اذا لم یدفع الیه دراهم وقال اشتر لی طعاما لم یجز علی الآمر لانه لم یبین له المقدار وجهالة القدر فی
المكیلات والموزونات كجهالة الجنس من حیث ان الوكیل لا یقدر علی تحصیل مقصود الامر بما سمی له كذا فی الكافی وغیره وما ذكر
فی الكتاب استحسان (والقیاس ان یكون علی كل مطعوم اعتبارا للحقیقة) ای لحقیقة الطعام (كما فی الیمین
علی الاكل) یعنی اذا حلف لا یاكل طعاما یحنث باكل ای طعام كان (اذ الطعام اسم لما یطعم) بحسب الحقیقة (وجه
الاستحسان ان العرف املك) ای اقوی وارجح بالاعتبار من الحقیقة (وهو) ای العرف (علی ما ذكرناه) ای
علی الحنطة ودقیقها (اذا ذكر) ای الطعام (مقرونا بالبیع والشراء) یعنی ان العرف فی شراء الطعام انما یقع علی الحنطة ودقیقها
وبائع الطعام فی الناس من یبیع الحنطة ودقیقها دون من یبیع الفواكه فصار القید الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا فی المبسوط
وقال فی الكافی ولهذا لو حلف لا یشتری طعاما لا یحنث الا بشری البر ودقیقه (ولا عرف فی الاكل فبقی علی الوضع)
ای فبقی الطعام فی حق الاكل علی الوضع والحقیقة ولهذا یحنث فی الیمین علی الاكل باكل ای مطعوم كان قالوا هذا الذی ذكر
فی شراء الطعام من انصرافه الی الحنطة ودقیقها انما هو عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقیقها عندهم یسمی سوق الطعام و
اما فی عرف غیرهم فینصرف الی شراء كل مطعوم وقال بعض مشائخ ما وراء النهر الطعام فی عرف دیارنا ما یمكن اكله من غیر ادام
كاللحم المطبوخ والمشوی وغیر ذلك فینصرف التوكیل الیه قال الصدر الشهید وعلیه الفتوی كذا فی الذخیرة وغیرها (وقیل
ان كثرت الدراهم فعلی الحنطة وان قلت فعلی الخبز وان كان فیما بین ذلك فعلی الدقیق)
هذا بظاهره یدل علی ان ما ذكر اولا مطلق ای سواء كان الدراهم قلیلة او كثیرة اذا وكل بشراء الطعام ینصرف الی شراء الحنطة و
دقیقها وهذا الذی ذكره ثانیا وعبر عنه بلفظ قیل مخالف للاول وهو قول الفقیه ابی جعفر الهندوانی كما ذكره الصدر الشهید فی اول باب
الوكالة بالبیع والشراء من بیوع الجامع الصغیر وعزاه الامام قاضیخان فی فتاواه الی شیخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولكن قال
صاحب النهایة انه لیس بقول مخالف للاول بل هو داخل فی الاول والیه اشار فی المبسوط والذخیرة فقال فی المبسوط
بعد ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان یشتری بها خبزا وان كثرت فلیس له ان یشتری بها خبزا الا ان ادخاره غیر ممكن وانما
یمكن الادخار فی الحنطة وذكر فی الذخیرة واذا وكل رجلا بان یشتری له طعاما ودفع الیه الدراهم صح التوكیل استحسانا وینصرف
التوكیل الی الحنطة ودقیقها وخبزها وحكم الدراهم فی تعیین واحد منها ان كانت الدراهم قلیلة بحیث لا یشتری بمثلها فی العرف



الا الخبز فالتوكیل ینصرف الی الخبز الی آخره ثم قال قال القدوری اذا كان الرجل قد اتخذ ولیمة یعلم ان مراده من التوكیل الخبز وان كثرت
الدراهم فاذا اشتری الخبز فی هذه الصورة یجوز علی الآمر الی ههنا كلام صاحب النهایة وقال صاحب العنایة بعد نقل رای صاحب
النهایة ههنا من ان المعبر عنه بقیل غیر مخالف للاول بل هو داخل فیه واقول فی تحقیق ذلك العرف یصرف الاطلاق اللفظ المتناول لكل
مطعوم الی الحنطة ودقیقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعین افراد ما علیه العرف وقد یعرض ما یترجح علی ذلك ویصرفه الی
خلاف ما حمل به علیه مثل الرجل اتخذ الولیمة ودفع دراهم كثیرة لیشتری بها طعاما فاشتری بها خبزا وقع علی الوكالة للعلم بان المراد ذلك
انتهی وطعن فیه بعض الفضلاء حیث قال نسبة هذا الكلام الی نفسه عجیب فان صاحب النهایة ذكر ما یدل علی ما قاله من المبسوط و
الذخیرة ولا یذهب علیك ان ما ذكره بقوله اقول الخ هو ما فی الذخیرة بعینه انتهی واقول لا یذهب علی المتامل فی كلام صاحب العنایة
ان نسبته الی نفسه لیست بمحل للتعجب لانه اراد بیان وجه ما ذكر اولا من اصل المسئلة وبیان طریق دخول ما ذكر ثانیا بقیل فی الاول و
بیان التوفیق بین ما ذكره القدوری وبین ما ذكر ههنا بقیل وفی الاخیرة بحكم الدراهم فقصد افادة هذه المعانی الثلاثة بكلام موجز جامع
فقال العرف یصرف الاطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الی الحنطة ودقیقها افادة للمعنی الاول وقال والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها
تعین افراد ما علیه العرف افادة للمعنی الثانی وقال یعرض ما یترجح علی ذلك ویصرفه الی خلاف ما حمل به علیه الخ افادة للمعنی الثالث
ولا یخفی ان هذا المجموع بما بهذا التركیب والترتیب لیس بعین ما ذكر فی الذخیرة ولا فی غیرها وان كان ما یفهم من كلماتهم المتفرقة
فلا عزو فی ان یعده تحقیقا وینسبه الی نفسه ثم اقول بقی ههنا اشكال وهو ان المذكور فی مسئلة الكتاب ان التوكیل بشراء الطعام یقع علی
الحنطة ودقیقها ولم یذكر فیها الخبز وكذا فی مسئلة المبسوط والمذكور فی التحقیق المزبور ان العرف یصرف الاطلاق اللفظ المتناول لكل
مطعوم الی الحنطة ودقیقها بدون ذكر الخبز فكیف یتم القول بان ما ذكر ثانیا بقیل داخل فی الاول وقد ذكر فیه الخبز ایضا دون الاول
وكیف یصح ما ذكر فی التحقیق المزبور من ان الدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعین افراد ما علیه العرف والخبز لم یدخل فیما علیه العرف علی
ما ذكر فیه لا یقال یجوز ان یدرج الخبز فی الحنطة ودقیقها المذكورین اوان یجعل فی حكمهما فیكتفی بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال
لشیء من ذلك لان الامام جعفر الحبیر نسبه للحنطة ودقیقها فی الذكر والحكم حیث قالوا ان كثرت الدراهم فعلی الحنطة وان قلت فعلی
الخبز وان كان فیما بین ذلك فعلی الدقیق فانی یتیسر ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقیقها فی الذخیرة فی اصل المسئلة وبیان
تحكیم الدراهم كما مر تفصیله عند نقل كلام صاحب النهایة فیحل الاشكال ولكن الكلام فی تصحیح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط علی القول
بكون الكلام الثانی داخلا فی الاول فتامل (قال) ای القدوری فی مختصره (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على
عيب فله ان يرده بالعيب) ای للوكیل ان یرد ما اشتراه علی البائع بسبب العیب فیه (ما دام المبيع في يده لانه) ای
الرد بالعیب (من حقوق العقد) ای من حقوق عقد الشراء (وهي كلها اليه) ای الحقوق كلها ترجع الی الوكیل فی مثل هذا
العقد (فان سلمه الى الموكل) ای فان سلم الوكیل المبیع الی الموكل (لم يرده الا باذنه) ای لم یرده علی
البائع الا باذن الموكل (لانه انتهى حكم الوكالة) ای انتهی حكم الوكالة بتسلیمه الی الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه (ولان فيه) ای فی الرد
بالعیب بعد التسلیم الی الموكل (ابطال يده) ای ید الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه) ای باذن الموكل الذی هو صاحب
الید الحقیقیة (ولهذا) ای ولاجل كون الحقوق كلها الی الوكیل كذا قیل فی كثیر من الشروح اقول فیه نظر لان هذا التفسیر انما یتم بالنظر
الی قول المصنف ره فیما سیاتی قبل التسلیم الی الموكل لا بالنظر الی قوله لا بعده كما لا یخفی مع ان كلا منهما فی حیز هذا التفریع كما تری فالحق
فی التفسیر ان یقال ای لما ذكرنا من الادلة علی جواز الرد فی صورة وعدم جوازه فی اخری (كان) ای الوكیل (خصما لمن

يدعي في المشتري دعوى كالشفيع) اذا ادعى حق الشفعة في المشتري (وغيره) اى وغير الشفيع كمن يدعي الاستحقاق في المشتري من حيث الملك (قبل التسليم الى الموكل) متعلق بقوله كان خصما ان كان الوكيل خصما لذلك المدعي قبل التسليم الى الموكل (لا بعده) اى لم يكن خصما له بعد التسليم اليه (قال) اى القدوري في مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعني اذا وكل شخصا ان يعقد عقد الصرف او السلم يكمل شرائطه ففعل جاز (لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به) دفعا للحاجة على ما مر في اول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا يجوز مع ان المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من اجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه ان القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره او نقول جاز المعدوم لضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يتعد اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلي الذي قاله القدوري لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا تقدح في القواعد وقال هذا ما سنح به خاطري في هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية في كلا وجهي جوابه ولكنه اجملها اقول في كل واحد منهما نظر اما في الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز ان يباشره الانسان بنفسه يجوز ان يوكل به غيره بلا خلاف مع انه ثابت ايضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتي في اول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر ان مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص كما ان جوازه في عقد الاجارة لم ينافي الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك واما في الثاني فلانه مع انتقاضه ايضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه ان في التوكيل ايضا ضرورة رفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا او شيخا فانيا او نحو ذلك فكون الثابت بالضرورات متقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه ايضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة والتي تتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل تتحقق فيه التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن ايضا مع زيادة فان المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته الى الثمن قال المص ره (ومراده التوكيل بالاسلام) اى مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال اسلم في كذا اذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) اى ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه (لان ذلك) اى لان التوكيل بقبول السلم (لا يجوز فان الوكيل) حينئذ (يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره) اى الموكل (وهذا لا يجوز) لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد رحمه الله في باب الوكالة بالسلم من المبسوط واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا في المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء فان الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه كالثمن في ذمة المشتري قلنا بين الدينين فرق لان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من

جواز



الجواز هناك الجواز ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية في الجواب عن السؤال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص والآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك البدل ويلزم البدل في ذمته وقال فان قيل فما جعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه اقول انه عدل ههنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن افسد لان مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المص ره والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الاول حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الآمر به والدليل الذي ذكره المص ره مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره على ان الجواب عن السؤال الاول قد عرفت عدم تمامه بما اوردنا عليه فيما قبل (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدوري في مختصره اى ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعني ان من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارفا بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهر زاده انتهى وكذا قال اكثر الشراح وعزوه الى الامام خواهر زاده وقال الزيلعي في التبيين وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر انتهى (ولا يعتبر مفارقة الموكل) اى لا يعتبر مفارقته قبل القبض (لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) اى قبض الوكيل بدل الصرف (وان كان لا يتعلق به الحقوق) اى وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد (كالصبي والعبد المحجور عليه) لان القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد اقول لو قال المصنف ره في اثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان اولى واليق اذ لا يخفى ان المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الموكل عام لبابي الصرف والسلم كما ان قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذي ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل في باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرناه فتدبر (بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه معناه ان الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين اى الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح (لان الرسالة في العقد لا في القبض) وذلك لان الكلام ههنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ورسالة الرسول في العقد انما تثبت في العقد لا في القبض لان القبض خارج عن العقد ولا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية في توضيح قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بان قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم ارسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى اقول فيه بحث لان هذا انما يفيد ان لا يكون الرسالة في القبض فقط لا ان لا يكون في العقد والقبض معا وبدون دفع هذا الاحتمال لا يتم

ههنا كما لا يخفى تامل (وينتقل كلامه الى المرسل) اى وينتقل كلام الرسول فى العقد الى المرسل (فصار قبض الرسول قبض
غير العاقد فلم يصح) اى لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به اقول ههنا اشكال وهو ان الرسالة فى السلم انما يجوز من جانب رب السلم
لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فيه على ما مر جوابه فالمراد بالرسول فى باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك ان
وظيفة رب السلم هى العقد وتسليم رب المال لا قبضه الذى هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى
الرسول فى باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال الظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهى نسخة اطبق عليها الشراح حتى ان صاحبى
النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكرا النسخة الاخرى اصلا وصاحب غاية البيان جعلها اصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلمة
الرسولين بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم واما على نسخة بخلاف الرسول وكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول فى الصرف
والرسول فى السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم وكما افصح عنه صاحب
الكافى حيث قال بخلاف الرسول اى فى الصرف والسلم انتهى واما اذا جعل مخصوصا بالرسول فى الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول
مطابقا للمتعلق وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به اكثر الشراح فيرتفع الاشكال (قال
القدورى فى مختصره (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به) اى بالثمن
(على الموكل لانه انعقدت بينهما) اى بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية) اى بيع حكمى فصار الوكيل كالبائع عن الموكل
قال صاحب غاية البيان فى تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى اقول هذا شرح الكلام المص ره
بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك اولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخى والمص ره قد اختار فيما مر طريقة ابى طاهر وقال هو
الصحيح احترازا عن طريقة الكرخى كما صرح به الشراح قاطبة هناك ومنهم هذا الشارح وطريقة ابى طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة
عن الوكيل على ما مر تفصيله فالوجه ان يحمل مراد المص ره ههنا ايضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة ابى طاهر
الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا اصالة كما ذهب اليه الشافعى ره ولا يخفى ان هذا القدر كاف فى انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن
كافيا فى المبادلة الحقيقية (ولهذا) اى ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما (اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان) والتحالف من خواص المبادلة (و
يرد الموكل بالعيب على الوكيل) اى واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى يرده على الوكيل وهذا ايضا من خصائص المبادلة لا يقال
ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل انى لا دليل لمى فلا بناء فى الفرعية تامل (وقد سلم المشترى للموكل
من جهة الوكيل) اى والحال انه قد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل (فيرجع عليه) اى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل
انه لما كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا (ولان الحقوق) دليل آخر
(لما كانت اليه) اى لما كانت راجعة الى الوكيل (وقد علمه الموكل) اى علم رجوعها اليه (فيكون) اى الموكل (راضيا بدفعه)
اى بدفع الثمن (من ماله) اى من مال الوكيل وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير امر الموكل والامر ثابت ههنا دلالة لان الموكل
لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك امرا به دلالة (فا
ن هلك المبيع فى يده) اى فى يد الوكيل (قبل حبسه) اى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل ولم يسقط
الثمن) اى لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدورى يعنى ان هلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل (لان
يده) اى يد الوكيل (كيد الموكل فاذا لم يحبسه) اى الوكيل (يصير الموكل قابضا بيده) اى بيد الوكيل فالهلاك فى يد
الوكيل كالهلاك فى يد الموكل فلا يسقط الرجوع (وله) اى الوكيل (ان يحبسه) اى ان يحبس المبيع عن الموكل (حتى يستوفى



الثمن) سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا فى الشروح نقلا عن المبسوط قال فى الذخيرة لم يذكر محمد رح فى شئ
من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفى الدراهم منه وحكى
عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوائى ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمى انعقد بين
الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف
خفى عليه هذا وقد صرح محمد رح فى الاصل فى باب الوكالة فى الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشترى له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه
الوكيل وقبضه فطلب الامر اخذ العبد من الوكيل وابى الوكيل ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول ابى حنيفة
رحمه الله وان كان الوكيل نقد الثمن او لم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد رح فى الاصل انتهى قال المص ره (لما بينا انه) اى الوكيل
(بمنزلة البائع من الموكل) اشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشترى لقبض الثمن فكذا
الوكيل وهذا لا يفصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع اولا (وقال زفر رح ليس له ذلك) اى ليس للوكيل حبس
المبيع لاستيفاء الثمن (لان الموكل صار قابضا بيده) اى بيد الوكيل حتى ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه
فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل (فكانه سلمه اليه) اى فكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه ان يد
الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع فى يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع فى يده حكما (قلنا) لنا طريقان فى الجواب عنه
مدار احدهما تسليم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فاشار الى الاول بقوله (وهذا) اى القبض (مما لا يمكن
التحرز عنه) يعنى سلمنا ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس
ما لم يقبض ولا يمكنه ان يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل فى الحبس لان سقوط
حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك (فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى
الحبس) واشار الى الطريق الثانى بقوله (على ان قبضه) موقوف يعنى على انا لا نسلم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض
الوكيل فى الابتداء (موقوف) اى متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الآخر
بحبسه (فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه) يعنى ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا
انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه (فان حبسه) اى حبس الوكيل المبيع (فهلك) اى المبيع (كان مضمونا
ضمان الرهن عند ابى يوسف ره) يعنى يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع
الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعنى يسقط به الثمن قليلا كان او كثيرا وهذا الذى
ذكر لفظ القدورى فى مختصره ولم يذكر فيه قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك
ولكن قال الشيخ ابو نصر البغدادى ذكر فى الجامع قول ابى حنيفة رح مثل قول محمد رح فلذلك قال المص ره (وهو) اى قول محمد رح
(قول ابى حنيفة) ولم يقل راسه وزمان المبيع عند ابى حنيفة رح ومحمد رح ما هو اللائق بالمقام فيما اذا اتخذ قولهما (وضمان الغصب عند زفر)
يعنى يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت قال فى العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت
قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر فى اكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على
الوكيل ان كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية وهو الظاهر عندى على قول زفر رح تامل تقف
(لانه) اى الحبس (منع بغير حق) لما مر ان قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (لهما) اى لابى حنيفة

ومحمد رحمهما الله (لانه) ای الوکیل (بمنزلة البائع منه) ای من الموکل کما تقدم (فکان حبسه لاستیفاء الثمن) اذ للبائع حق حبس المبیع لاستیفاء الثمن (فیسقط) ای الثمن (بهلاکه) ای بهلاک المبیع واعترض بانه لو کان کذلک لزم الضمان حبس اولم یحبس لان المبیع مضمون علی البائع وان لم یحبس واجیب بانه اذا حبس تعین انه بالقبض کان عاملا لنفسه فتتقوی جهة کونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم یحبس فقبضه کان لموکله فاشبه الرسول فهلک عنده امانة کذا فی العنایة اقول لقائل ان یقول کما انه یشبه الرسول یشبه البائع ایضا لانعقاد المبادلة الحکمیة بینهما کما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حیز الاعتبار فیما اذا لم یحبس المبیع لم یظهر وجه عدم الضمان فی هذه الصورة کما لا یخفی واذا جعلت تلک الجهة ساقطة عن حیز الاعتبار فی هذه الصورة مع عدم ظهور علة الاسقاط فیها یلزم ان لا یتمشی فیها ما ذکر فیما سبق من تعلیل مسألة رجوع الوکیل بالشراء بالثمن علی الموکل فیما اذا دفعه من ماله وقبض المبیع بانعقاد المبادلة الحکمیة بینهما مع ان تلک المسألة شاملة لصورتی الحبس وعدم الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحکمیة بینهما فتامل (ولابی یوسف رحمه الله انه) ای الهالک (مضمون بالحبس للاستیفاء بعد ان لم یکن) ای بعد ان لم یکن مضمونا لانه لم یکن مضمونا قبل الحبس کما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وکل ما هو کذلک فهو بمعنی الرهن اشار الیه بقوله (وهو الرهن بعینه) یعنی هو بمعنی الرهن وهذا لاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبیع) لنفی قولهما یعنی ان المشتری المحبوس ههنا لیس کالمبیع (لان البیع ینفسخ بهلاکه) ای بهلاک المبیع (وههنا لا ینفسخ اصل العقد) یعنی الذی بین الوکیل وبائعه واجاب المصنف عنه بقوله (قلنا ینفسخ) ای العقد (فی حق الموکل والوکیل) وان لم ینفسخ فی حق البائع والوکیل ومثله لا یمتنع (کما اذا رده الموکل بعیب) ای اذا وجد الموکل عیبا بالمشتری فرده الی الوکیل (ورضی الوکیل به) فانه یلزم الوکیل وینفسخ العقد بینه وبین الموکل وان لم ینفسخ بینه وبین بائعه قال صاحب غایة البیان وهذا مغالطة علی ابی یوسف رح لانه یفرق بین هلاک المبیع قبل القبض فی ید البائع وبین هلاکه فی ید الوکیل بعد الحبس ففی الاول ینفسخ البیع وفی الثانی لا وانفساخ البیع بین الوکیل والموکل بالرد بالعیب لا یدل علی انفساخه من الاصل اذا هلک فی ید الوکیل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهی وقال صاحب العنایة بعد نقل ذلک وانه لکما تری فاسد لانه اذا فرض ان الوکیل بائع کان الهلاک فی یده کالهلاک فی ید بائع لیس بوکیل فاستویا فی وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت وجدت ما ذکر عن جانب ابی یوسف رح غلطا او مغالطة وذلک لان البائع من الوکیل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بین المشتری وبائعه لا یلزم منه الفسخ بین البائع وبائعه فکان ذکره احدهما یعنی غلطا او مغالطة

(قال) ای القدوری فی مختصره (واذا وکله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشتری عشرین رطلا بدرهم من لحم یباع منه عشرة ارطال بدرهم) ای اذا کانت عشرة ارطال من ذلک اللحم یساوی قیمته درهما وانما قید به لانه اذا کانت عشرة ارطال منه لا تساوی درهما نفذ البیع الکل علی الکل بالاجماع کذا فی الذخیرة وسیاتی فی الکتاب (لزم الموکل منه عشرة بنصف درهم عند ابی حنیفة رحمه الله وقالا یلزمه العشرون بدرهم) الی هنا لفظ القدوری قال المصنف رحمه الله (وذکر فی بعض النسخ) ای فی بعض نسخ مختصر القدوری (قول محمد رحمه الله مع قول ابی حنیفة رحمه الله) وقال المصنف رحمه الله (ومحمد رحمه الله لم یذکر الخلاف فی الاصل) ای المبسوط فانه قال فی آخر باب الوکالة بالبیع والشراء منه واذا وکلا ان یشتری له عشرة ارطال بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقی للمامور لانه امره بشراء قدر مسمی فما زاد علی ذلک القدر لم یتناوله امره وکان مشتریا لنفسه وفی القدر الذی یتناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمی له فکان مشتریا للآمر الی هنا لفظ الاصل ولم یذکر الخلاف کما تری (ولابی یوسف رحمه الله انه امره) ای ان الموکل امر الوکیل



(بصرف الدرهم فی اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشتری به عشرین فقد زاده خیرا) یعنی ان الوکیل لم یخالف الموکل فیما امره وانما جاء خلافه مخالفا للواقع فلیس علی الوکیل من ذلک شیء سیما اذا زاده خیرا (وصار کما اذا وکله ببیع عبده بالف فباعه بالفین) حیث جاز ذلک فکذا هذا (ولابی حنیفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة) ای بشراء عشرة ارطال اللحم (ولم یامره بشراء الزیادة) وظن ان ذلک المقدار یساوی درهما وقد خالفه فیما امره به (فینفذ شراؤها) ای شراء الزیادة (علیه) ای علی الوکیل لکونه غیر مامور به (وشراء العشرة علی الموکل) ای وینفذ شراء العشرة علی الموکل لانه اتیان بالمامور به فان قیل ینبغی ان لا یلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم ایضا لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرین لا قصدا وقد وکله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا یجوز علی قوله کما اذا قال لرجل طلق امراتی واحدة فطلقها ثلاثا لا یقع عنده الواحدة لثبوتها فی ضمن الثلاث والمتضمن لم یثبت لعدم التوکیل به فلا یثبت ما فی ضمنه ایضا قلنا ذاک مسلم فی الطلاق لان المتضمن لم یثبت هناک لا من الموکل لعدم التوکیل به ولا من الوکیل لان المراة مراة الموکل لا امراة الوکیل واما ههنا اذا لم یثبت الشراء من الموکل ثبت من الوکیل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا یتوقف بل ینفذ علی الوکیل کما فی سائر الصور التی خالف الوکیل بالشراء فلا یثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما فی ضمنه وهو العشرة الا ان الوکیل خالف الموکل حیث اشتری العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الی خیر فینفذ علی الموکل ولان الثمن یتوزع علی اجزاء المبیع فحینئذ کان الکل مقصودا فلا یتحقق التضمن فی الشراء کذا فی النهایة ومعراج الدرایة نقلا عن الامام المحقق مولانا حمید الدین اقول الوجه الثانی من الجواب المذکور وهو قوله ولان الثمن یتوزع الخ واضح لا غبار علیه واما الوجه الاول منه فمشکل لا یعقل اذ بعد الاعتراف بان الشراء فی المتضمن وهو العشرون ثبت من الوکیل دون الموکل کیف یتم القول بان ما فی ضمنه وهو العشرة تثبت من الموکل ولا شک ان حکم ما فی ضمن الشیء یتبع حکم ذلک الشیء دائما فثبوت شراء العشرین من الوکیل نفسه یستلزم ثبوت شراء العشرة التی فی ضمنه منه ایضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرین علی الوکیل ونفاذ شراء العشرة التی فی ضمنه علی الموکل کما لا یخفی فان قلت ما الفرق بین هذه المسألة وبین ما ذکر فی الذخیرة والتتمة محالا الی المنتقی وهو انه اذا امره ان یشتری له ثوبا هرویا بالعشرة فاشتری له هرویین بالعشرة کل واحد منهما یساوی عشرة قال ابو حنیفة رح لا یجوز البیع فی واحد منهما وههنا ایضا حصل مقصود الآمر وزاده خیرا ومع ذلک لا ینفذ ما اشتراه علی الآمر فی شیء منها فکیف نفذ ههنا شراء العشرة علی الموکل قلت یحتمل ان الفرق انما نشا من حیث ان اللحم من ذوات الامثال کما اختاره صاحب المحیط لانه من الموزونات والاصل فی المکیلات والموزونات ان تکون من ذوات الامثال وهی لا تتفاوت فی القیمة اذا کانت من جنس واحد وصفة واحدة وکلامنا فیه لان الکلام فیما اذا کان اللحم مما یباع عشرة ارطال منه بدرهم فحینئذ کان للوکیل ان یجعل للموکل ای عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القیم والثوبان وان کانا متساویین فی القیمة لکن ذلک انما یعرف بالحزر والظن وذلک لا یعین حق الموکل فیثبت حقه مجهولا فلا ینفذ علیه والی هذا اشار فی التتمة فقال لانی لا ادری ایهما اعطیه بحصته من العشرة لان القیمة لا تعرف الا بالحزر والظن کذا فی النهایة قال صاحب العنایة بعد ان ذکر هذا الجواب ونسبه الی صاحب النهایة وهذا لا یتمشی الا علی طریقة من جعل اللحم مثلیا واما عند غیره فلا بد من تعلیل آخر ولعل ذلک ان یقال اللحم ایضا من ذوات القیم لکن التفاوت فیه قلیل اذا کان من جنس واحد مفروض التساوی فی القدر والقیمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوبین فان فی تطرق الخلل فی احتمال التساوی کثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة واحیا کونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسیان فلا یلزم تحمله من تحمل ما هو اقل منه خللا انتهی کلامه (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثیل ابی یوسف رح المتنازع فیه بما اذا وکله ببیع عبده بالف فباعه بالفین (لان الزیادة هناک) ای فیما استشهد به (بدل ملک الموکل) فلا یجوز ان یستحقه الوکیل لا باذن الموکل ولا بغیر اذنه ولهذا لو قال بع ثوبی هذا علی ان

ثمنه لک لا یصح (فتکون له) ای فیکون الزیادة للموکل قال صاحب العنایة ورد بان الدرهم ملک الموکل فیکون الزیادة ملکه فلا فرق بینهما حینئذ والجواب ان الزیادة ثمنه مبدل منه لا بدل وکان الفرق ظاهرا والحاصل ان ذلک قیاس المبیع علی الثمن وهو فاسد لوجود الفارق فاقل ذلک ان الالف الزائد لا یفسد بطول المکث بخلاف اللحم ویجوز صرفها الی حاجة اخری فاجزة وقد یتعذر ذلک فی اللحم فیتلف انتهی کلامه اقول فی کل واحد من الرد والجواب شیء فتامل (بخلاف ما اذا اشتری ما یساوی عشرین رطلا بدرهم) متعلق باصل المسئلة (حیث یصیر) ای یصیر الوکیل فی هذه الصورة (مشتریا لنفسه بالاجماع) لوجود المخالفة (لان الامر یتناول السمین وهذا) ای ما اشتراه (مهزول فلم یحصل مقصود الآمر) فلم یکن ذلک له (قال) ای القدوری فی مختصره (ولو وکله بشراء شیء بعینه فلیس له) ای للوکیل (ان یشتریه لنفسه) ای لا یجوز حتی لو اشتراه لنفسه یقع الشراء للموکل سواء نوی عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه یقع الشراء لنفسه بان قال اشهدوا انی قد اشتریت لنفسی هذا اذا کان الموکل غائبا فان کان حاضرا وصرح الوکیل بالشراء لنفسه یصیر مشتریا لنفسه کذا فی الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة فی العبد فی الذخیرة ثم قال وانما کان کذلک لان العبد اذا کان بعینه فشراؤه داخل تحت الوکالة من کل وجه فمتی اتی به علی موافقة الآمر وقع الشراء للموکل نوی اولم ینو قال المص ره فی تعلیل مسئلة الکتاب (لانه) ای لان اشتراه لنفسه (یؤدی الی تغریر الآمر حیث اعتمد علیه) (وذلک لا یجوز) (ولان فیه) ای فی اشترائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوکالة (ولا یملکه علی ما قیل الا بمحضر من الموکل) لانه فسخ عقد فلا یصح بدون علم صاحبه کسائر العقود کذا فی العنایة وغایة البیان اقول یرد علیه ان العلم بالعزل فی باب الوکالة یحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الکتاب ووصوله الیه ومنها ارسال الرسول الیه وتبلیغه الرسالة ایاه ومنها اخبار واحد عدل او اثنین غیر عدلین بالاجماع واخبار واحد عدلا کان او غیره عند ابی یوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بها فی عامة المعتبرات سیما فی البدائع فما اشتراط علم الآخر فی صحة فسخ المتعاقدین العقد القائم بینهما لا یقتضی ان یملک الوکیل عزل نفسه الا بمحضر من الموکل لان انتفاء سبب واحد لا یستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا یتم التقریب اللهم الا ان یحمل وضع المسئلة علی انتفاء سائر اسباب العلم بالعزل ایضا لکنه غیر ظاهر من عبارات الکتب اصلا ویحتمل ان یکون السر فی اقحام المص ره قوله علی ما قیل الایماء الی ذلک فتامل واعلم ان صاحب البدائع قال فی بیان هذه المسئلة الوکیل بشراء شیء بعینه لا یملک ان یشتریه لنفسه واذا اشتری یقع الشراء للموکل لانه شراه لنفسه عزل نفسه عن الوکالة وهو لا یملک ذلک الا بمحضر من الموکل کما لا یملک الموکل عزله الا بمحضر منه علی ما نذکره فی موضعه ان شاء الله تعالی ثم قال فی موضعه وهو فصل ما یخرج به الوکیل عن الوکالة ان الوکیل یخرج عن الوکالة باشیاء منها عزل الموکل ایاه ونهیه لان الوکالة عقد غیر لازم فکان محتملا للفسخ بالعزل والنهی ولصحة العزل شرطان احدهما علم الوکیل لان العزل فسخ فلا یلزم حکمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وکذا لو کان غائبا فکتب الیه کتاب العزل فبلغه الکتاب وعلم ما فیه انعزل لان الکتاب من الغائب کالخطاب وکذلک لو ارسل الیه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلنی الیک یقول انی قد عزلتک عن الوکالة فانه ینعزل کائنا من کان الرسول عدلا کان او غیر عدل حرا کان او عبدا صغیرا کان او کبیرا بعد ان بلغ الرسالة علی الوجه الذی ذکرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفیر عنه فیصح سفارته بعد ان صحت عبارته علی ای صفة کان وان لم یکتب کتابا ولا ارسل الیه رسولا ولکن اخبره بالعزل رجلان عدلان کانا او غیر عدلین او رجل واحد عدل ینعزل فی قولهم جمیعا سواء صدقه الوکیل او لم یصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد العدل مقبول فی المعاملات وان لم یکن عدلا فخبر العدد او العدل اولی وان اخبره واحد غیر عدل فان صدقه ینعزل بالاجماع وان کذبه لا ینعزل وان ظهر صدق الخبر فی قول ابی حنیفة رح وعندهما ینعزل اذا ظهر



صدق الخبر وان کذبه الی هنا کلامه اقول لا یذهب علیک ان فیما بین کلامیه المذکورین فی الموضعین تدافعا فان ما ذکره فی فصل ما یخرج به الوکیل عن الوکالة صریح فی صحة عزل الموکل الوکیل بشرط علم الوکیل سواء عزله بمحضر منه او عزله بغیبة منه لکن علم العزل بسبب من اسباب شتی علی ما فصله وما ذکره اولا من قوله کما لا یملک الموکل عزله الا بمحضر منه یدل علی حصر صحة عزل الموکل للوکیل فی صورة ان عزله بمحضر منه کما تری والعجب انه احال الاول علی الثانی بقوله علی ما نذکره فی موضعه قیل ما الفرق بین هذه المسئلة وبین الوکیل بنکاح امرأة بعینها اذا نکحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه یقع علی الوکیل لا علی الموکل مع انه لم یخالف فی المهر المامور به واجیب بان النکاح الموکل به نکاح مضاف الی الموکل فان الوکیل بالنکاح لا بد ان یضیف النکاح الی موکله فیقول زوجتک لفلان والموجود فیما اذا نکحها من نفسه لیس بمضاف الی الموکل فان النکاح من نفسه هو ان یقول تزوجتک فکانت المخالفة موجودة فوقع علی الوکیل بخلاف التوکیل بشراء شیء بعینه فان الموکل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المامور به لا شراء مضاف الی الموکل فاذا اتی بذلک یقع علی الموکل (فلو کان الثمن مسمی) یعنی لو وکله بالشراء بثمن مسمی (فاشتری بخلاف جنسه) ای بخلاف جنس المسمی بان سمی دراهم مثلا فاشتری بدنانیر (او لم یکن مسمی فاشتری بغیر النقود) کالمکیل والموزون (او وکل) ای الوکیل (وکیلا بشرائه فاشتری الثانی) ای فاشتری الوکیل الثانی وهو وکیل الوکیل (وهو غائب) ای والحال ان الوکیل الاول غائب (یثبت الملک للوکیل الاول فی هذه الوجوه) ای فی هذه الوجوه الثلثة التی ذکرها المص ره تفریعا علی مسئلة القدوری یعنی انما لا یکون الشراء للوکیل فیما وکل بشراء شیء بعینه فاشتراه لنفسه اذا لم یوجد احد هذه الوجوه الثلثة اما اذا وجد فیکون الشراء للوکیل الاول (لانه) ای الوکیل الاول (خالف امر الآمر) وهو الموکل اما اذا اشتری بخلاف جنس ما سمی فظاهر واما اذا اشتری بغیر النقود فلان المتعارف نقد البلد فالامر ینصرف الیه واما اذا وکل وکیلا بشرائه فلانه مامور بان یحضره رایه ولم یتحقق حال غیبته (فنفذ) ای الشراء (علیه) ای علی الوکیل الاول (ولو اشتری الثانی) ای الوکیل الثانی (بحضرة الوکیل الاول نفذ) ای الشراء (علی الموکل الاول لانه حضره رایه) ای رای الوکیل الاول (فلم یکن مخالفا) ای لم یکن الوکیل الاول مخالفا لامر آمره وذلک لانه اذا کان حاضرا یصیر کانه هو المباشر للعقد الا یری ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فیجعل کانها هی التی باشرت العقد وکان الاب مع ذلک الرجل شاهدین کذا فی المبسوط قیل ما الفرق بین الوکیل بالبیع والشراء والنکاح والخلع والکتابة اذا وکله غیره ففعل الثانی بحضرة الاول او فعل ذلک اجنبی فبلغ الوکیل فاجازه یجوز وبین الوکیل بالطلاق والعتاق فانه لو وکل غیره فطلق او اعتق الثانی لا یقع وان کان بحضرة الوکیل الاول والروایة فی التتمة والذخیرة واجیب بان العمل بحقیقة الوکالة فی التوکیل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوکیل تفویض الرای الی الوکیل وتفویض الرای الی الوکیل انما یتحقق فیما یحتاج فیه الی الرای ولا حاجة فیهما اذ لو تفسروا عن مال الی الرای فجعلنا الوکالة فیهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنی الرسالة والرسول ینقل عبارة المرسل فصار المامور فیهما مامورا بنقل عبارة الآمر لا بشیء آخر وتوکیل الآخر والاجازة لیس من النقل فی شیء فلم یملک الوکیل واما فی البیع والشراء وغیرهما فالعمل بحقیقة الوکالة ممکن لانهما مما یحتاج فیه الی الرای فاعتبر المامور وکیلا والمامور به حضور رایه وقد حضر بحضوره او باجازته (قال) ای القدوری فی مختصره (وان وکله بشراء عبد بغیر عینه فاشتری عبدا فهو للوکیل الا ان یقول نویت الشراء للموکل او یشتریه بمال الموکل) الی هنا لفظ القدوری (قال) ای المص ره (رضی الله عنه هذه المسئلة علی وجوه ان اضاف) ای الوکیل (العقد الی دراهم الآمر کان للآمر) هذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المص (وهو المراد عندی بقوله او یشتریه بمال الموکل دون النقد من ماله) یعنی ان

المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل هو الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه
(لان فيه) اى لان فى النقد من مال الموكل (تفصيلا وخلافا) فانه بعد ان يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء
للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل هو خلافا فانه اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد رح العقد
للوكيل وعلى قول ابي يوسف رح يحكم النقد على ما سيجئ (وهذا بالاجماع) اي لو اضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع
(وهو مطلق) اى قوله او يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح فى شرح هذا
المقام اقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المص ره لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له
وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح
للترجيح كون المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل فى
النقد من مال الموكل لا وقوعه فى النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدوري فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان
صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور فى شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال بعد ان ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه
الوجوه ظهر لك ان فى النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء
له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه
فان نوى للموكل لا يعتبر النقد اصلا كما صرح به فلا يصح التفصيل الذى ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من
دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل ايضا كان صدق ذلك التفصيل على قول ابى يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد رح
يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجئ وكان ما ذكره مناسبا لشرح قول المص ره وخلافا فالانسب شرح قوله تفصيلا وايضا انه بعد ما صرح
بان التفصيل انما هو فى النقد من مال حيث قال ظهر لك ان فى النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير
فى النقد المطلق بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل ان الوكالة فى تقرير صاحب
العناية افحش اقول الحق فى هذا المقام ان المص ره اراد بالتفصيل فى قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتى التكاذب والتوافق وبالخلاف
الخلاف الواقع فى صورة التوافق فالمعنى ان فى النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله فاذا تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع وان
توافقا على انه لم يحضره النية فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابى يوسف رح يحكم النقد ايضا وخلافا فانه اذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية
لا احد هما فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابى يوسف رح يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الآمر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل
كلام القدوري عليه اولى ثم اقول فى البحث فيما ذهب اليه المص ره ههنا وهو ان فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان اضاف
العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا فى النية لا يكون داخلة حينئذ فى شئ من قسمى الاستثناء المذكور فى كلام القدوري فيلزم ان يكون
العقد فى تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقى فى الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد
له قطعا وان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم تحضره النية لا يكون داخلة ايضا فى شئ من قسمى
الاستثناء المذكور فيلزم ان يكون العقد فيها البتة للوكيل بموجب ما بقى بعد الاستثناء مع ان فيها خلافا كما سيأتي فيلزم حمل كلام
القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المص ره وبالجملة قد هرب المصنف ره فى حل كلام القدوري ههنا عن ورطة ووقع فى ورطة
اخرى مثل الاولى بل اشد منها فما الفائدة فيه وحل صاحب الكافي تفطن بذلك حيث زاد الاستثناء فى موضع المسئلة فقال
ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل او ينقد من ماله وقال



فهذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل الى آخره (وان اضافه الى دراهم
نفسه) اى ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه (كان) اى العقد (لنفسه) هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة (حملا لحاله) اى
حال الوكيل (على ما يحل له شرعا) تعليل لقوله ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني انه اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغي ان
يقع للآمر لكن ان وقع للوكيل نفسه وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح اقول فيه نظر
لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر واما اذا اضاف دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا
وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد فى الصورتين نص عليه فى الذخيرة ونقل عنها فى النهاية فلا يتم التقريب (او يفعله عادة) عطف
على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني ان العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع
لصاحب الدراهم فلما اضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا فى النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد ان جرى
فى شرح كلام المصنف ره ههنا على الطريقة المذكورة وهى توزيع التعليل المذكور على المسئلتين ويجوز ان يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم
فى المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيف
الى دراهم نفسه واما العادة فجارية على انه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وكذا على العكس انتهى وقال صاحب النهاية بعد ان سلك
الطريقة المذكورة ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان
يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيف الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة ثم
قال والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى اقول ان قول المص ره اذ الشراء لنفسه باضافة
العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ينادي باعلى الصوت على ان التعليل المزبور بشقيه معا للوجه الاول كما لا يخفى على ذي فطرة
سليمة فالاولى ان يجعل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول ويكتفى فى العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني
اعني قوله او يفعله عادة على ذلك والانصاف ان فى تحرير المص ره ههنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ولهذا تحير الشراح فى حله الوافي وشرحه
الكافي (وان اضافه) اى العقد (الى دراهم مطلقة) هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفيه تفصيل اشار اليه بقوله (فان
نواها) اى الدراهم المطلقة (للآمر فهو) اى العقد للآمر (وان نواها لنفسه فلنفسه) اى فالعقد لنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى
هذا التوكيل اى فى التوكيل بشراء عبد بغير عينه وكانت نيته معتبرة اقول لقائل ان يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي ان يكون
العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذى ذكره فيما اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا لدراهم الآمر فان محل الغصب من صورة
الاضافة الى دراهم الآمر فى ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه واما فى الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد
فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولا شك ان هذا لا يتحقق فى
نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل انما يتحقق فى النقد من دراهمه فهو لم يوجد فى ضمن نفس العقد فى شئ من الصورتين المذكورتين بل انما
وجد فى النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فى تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر (وان تكاذبا) اى الوكيل والموكل
فى النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي (يحكم النقد بالاجماع) فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له (لانه) اى
النقد (دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) من حمل حاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة (وان توافقا على انه لم يحضره النية) ففيه اختلاف
بين ابى يوسف ومحمد رحمهما الله (قال محمد ره هو) اى العقد (للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه) يعني ان الاصل
ان يعمل كل احد لنفسه (الا اذا ثبت جعله) اى جعل العمل (لغيره) بالاضافة الى ماله او بالنية له (ولم يثبت) اى والغرض انه لم يثبت

(وعند ابی یوسف رحمه الله یحکم النقد فیه لانه ماوقعه مطلقا) ای من غیر تعیین نیته (یحتمل الوجهین) وهما ان یکون العقد للآمر وان
یکون لنفسه (فیبقی موقوفا فمن ای المالین نقد فقد فعل ذلک المحتمل لصاحبه) فتعین به احد المحتملین (ولان مع تصادقهما
علی انه لم یحضره النیة (یحتمل النیة للآمر) بان نوی له ونسیه (وفیما قلناه) ای فی تحکیم النقد (حمل حاله) ای حال الوکیل (علی الصلاح)
وهو ان لایکون غاصبا علی تقدیر النقد من مال الآمر (کما فی حالة التکاذب) بقی الکلام فی هذه المسئلة وهو ان الاضافة الی ای نقد
کانت ینبغی ان لاتفید شیئا لان النقود لاتتعین بالتعیین واجیب عن ذلک بانا لانقول ان الشراء بتلک الدراهم بتعیین وانما نقول الوکالة
تتقید بها علی ما سیجیء من ان النقود تتعین فی الوکالات الا تری انها لو هلکت قبل الشراء بها بطلت الوکالة واذا تقیدت بها لم یکن الشراء
بغیرها من موجبات الوکالة کذا فی العنایة وعلیه جمهور الشراح ومأخذهم المبسوط اقول فی الجواب بحث وهو ان النقود لاتتعین فی الوکالات
قبل التسلیم بالاجماع وکذا بعده عند عامة المشائخ وانما تتعین بعده عند بعضهم علی قول ابی حنیفة رح صرح به فی عامة المعتبرات وسیظهر لک فیما
سیجیء عن قریب وجواب مسئلة الاضافة الی دراهم الآمر والی دراهم نفسه غیر مقید بکون الاضافة بعد التسلیم وغیر مختص بقول ابی حنیفة رح بل
هو مطلق وبالاجماع کما تقرر فیما مر فکیف یتم ان یجعل مداره ما هو المقید والمختلف فیه وکان الامام الزیلعی تنبه لهذا حیث قال فی شرح الکنز فی
تعلیل مسئلة الاضافة الی ثمن معین لان الثمن وان کان لایتعین لکن فیه شبهة التعیین من حیث سلامة المبیع به وقد تعین قدره و
وصفه ولهذا لایطیب له الربح اذا اشتری بالدراهم المغصوبة انتهی لکنه لم یأت ایضا بما یشفی العلیل ههنا کما تری ثم اقول الاولی فی الجواب ان یقال
لیس العلة فی کون العقد عن الاضافة الی دراهمه تعین النقود بالتعیین بل حمل حاله علی ما یحل له شرعا او یفعله عادة کما مر بیانا وشرحا فلا اثر
لعدم تعین النقود بالتعیین فی مسئلتنا هذه وقد اشار الیه صاحب الکافی حیث قال والدراهم وان لم تتعین ولکن ان اضاف الی
المسلم لایضیف شری الشیء لنفسه الی دراهم الغیر لانه مستنکر شرعا وعرفا انتهی (قال) المصنف رحمه الله (والتوکیل بالاسلام فی الطعام
علی هذه الوجوه) المذکورة فی التوکیل بالشراء وفاقا وخلافا وانما خصه بالذکر مع استفادة حکمه من التوکیل بالشراء نفیا لقول بعض
مشائخنا فانهم قالوا فی مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم یحضره النیة فالعقد للوکیل اجماعا ولا حکم للنقد وانما الخلاف بین ابی یوسف ومحمد
رحمهما الله فی مسئلة التوکیل بالاسلام وهم فرقوا بین مسئلة الشراء والسلم علی قول ابی یوسف رحمه الله بان النقد اثر فی تنفید السلم فان
المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد یستبان بالنقد ولیس الشراء کذلک فکان العقد للعاقد عملا بقضیة الاصل کذا فی الشروح
وفرق ابو یوسف رح بین هذا وبین المأمور بالحج عن الغیر اذا اطلق النیة عند الاحرام فانه یکون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات
لایتأدی الا بالنیة فکان مامورا بان ینوی الحج عن المحجوج عنه ولم یفعل فصار مخالفا بترک ما هو الشرط واما فی المعاملات فالنیة لیست
بشرط فلا یصیر بترک النیة عن الآمر مخالفا فیبقی حکم عقده موقوفا علی النقد کذا فی باب الوکالة بالسلم من بیوع المبسوط (قال) ای محمد رح
فی الجامع الصغیر (ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال) ای المامور (قد فعلت ومات عندی وقال الآمر
اشتریته لنفسک فالقول قول الآمر فان کان) ای الآمر (دفع الیه) ای الی المامور (الالف فالقول قول المامور
لان فی الوجه الاول) وهو ما اذا لم یکن الثمن منقودا الی المامور (اخبر) ای المامور (عما لایملک استینافه) ای استیناف سببه
(وهو الرجوع بالثمن علی الآمر) فان سبب الرجوع علی الآمر هو العقد وهو لایقدر علی استینافه لان العبد میت اذ الکلام فیه
والمیت لیس بمحل العقد فکان قول الوکیل فعلت ومات عندی لارادة الرجوع علی الآمر (وهو ینکر) ای الآمر ینکر ذلک (والقول
للمنکر) فقول المص رحمه الله لایملک استینافه معناه لایملک استیناف سببه علی طریق المجاز بالحذف والضمیر المرفوع فی قوله وهو الرجوع
بالثمن راجع الی ما فی عما لایملک استینافه وهذا هو الوجه الاحسن فی حل عبارة المصنف رحمه الله ههنا والیه ذهب صاحب العنایة وقال



انما قال وهو الرجوع ولم یقل وهو العقد لان مقصود الوکیل من ذکر العقد الرجوع بالثمن علی الآمر لا العقد لاجل الآمر فترک الواسطة وهی العقد
وصرح بالمقصود وهو الرجوع وکان ذکر المسبب وارادة السبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن علی الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر والی هذا
التوجیه ذهب اکثر الشراح قال فی الکفایة بعد ذکر هذا وفی بعض النسخ لایملک استینافه وهو بهذا یرید الرجوع بالثمن علی الآمر وهذا ظاهر انتهی
(وفی الوجه الثانی) وهو ما اذا کان الثمن منقودا الی المامور (وهو) ای المامور (امین یرید الخروج عن عهدة الامانة فیقبل قوله)
قال صدر الشریعة فی شرح الوقایة علل فی الهدایة فیما اذا لم یدفع الآمر الثمن بان الوکیل اخبر بامر لایملک استینافه وفیما اذا دفع بان الوکیل امین
یرید الخروج عن عهدة الامانة اقول کل واحد من التعلیلین شامل للصورتین فلم یتم به الفرق بل لابد من انضمام امر آخر وهو ان فیما اذا لم
یدفع الثمن یدعی الثمن علی الآمر وهو ینکره فالقول للمنکر وفیما اذا دفع الثمن یدعی الآمر الثمن علی المامور فالقول للمنکر الی هنا کلامه اقول
لیس الامر کما زعمه بل کل واحد من التعلیلین مخصوص بصورة اما الاول فلان قول المص رحمه الله فیه وهو الرجوع بالثمن علی الآمر وهو ینکر
والقول للمنکر لایشمل الصورة الثانیة اذ الثمن فیها مقبوض الوکیل فلا یرید الرجوع به علی الآمر قطعا وقد لبس ذلک علی القائل فی تحریره
حیث ذکر اول التعلیل الاول وترک آخره الفارق بین الصورتین والعجب انه ضم الی ما ذکره ما هو فی معنی ما ترک واما الثانی فلان الثمن لیس
بمقبوض الوکیل فی الصورة الاولی فلا یصح ان یقال فیها انه امین یرید الخروج عن عهدة الامانة فیقبل قوله کما لایخفی (ولو کان العبد
حیا حین اختلفا) فقال المامور اشتریته لک وقال الآمر بل اشتریته لنفسک (وان کان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه
امین) یرید الخروج عن عهدة الامانة فیقبل قوله کما مر (وان لم یکن) ای الثمن (منقودا فکذلک) ای فالقول للمامور ایضا (عند
ابی یوسف ومحمد رحمهما الله لانه یملک استیناف الشراء) للآمر اذ العبد حی والحی محل للشراء فیملک ان یشتریه فی الحال لاجل
الآمر (فلا یتهم فی الاخبار عنه) ای عن الشراء لاجل الآمر فان قیل ان وقع الشراء اولا للوکیل کیف یقع بعد ذلک حتی یملک استینافه
اجیب بان تملک استیناف الشراء دائر مع التصور فیمکن ان یتفاسخ الوکیل بالشراء مع بائعه ثم یشتریه لاجل الموکل کذا فی الشروح (وعند
ابی حنیفة رحمه الله القول) قول (الآمر لانه) ای لان الاخبار عن الشراء لاجل الآمر (موضع تهمة بان اشتراه لنفسه) ای بان اشتری
الوکیل العبد لنفسه (فاذا رای الصفقة خاسرة الزمها الآمر) ای اراد ان یلزمها الآمر (بخلاف ما اذا کان الثمن منقودا لانه)
ای الوکیل (امین فیه) ای فی الثمن او فی هذا الوجه (فیقبل قوله تبعا لذلک) ای للخروج عن عهدة الامانة وکم من شیء یثبت
تبعا ولا یثبت قصدا (ولا ثمن فی یده ههنا) ای لا ثمن فی ید الوکیل فیما اذا کان العبد حیا والثمن غیر منقود حتی یکون امینا
فیقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة افترقا (وان کان امره بشراء عبد بعینه) یعنی ان کان التوکیل بشراء عبد بعینه (ثم اختلفا
والعبد حی) ای والحال ان العبد حی (فالقول للمامور سواء کان الثمن منقودا او غیر منقود وهذا بالاجماع) ای هذا الوجه
من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بین ائمتنا الثلثة (لانه) ای المامور (اخبر عما یملک استینافه) فی الحال (ولا تهمة فیه) ای فی خبره
عن ذلک (لان الوکیل بشراء شیء بعینه لایملک شراءه لنفسه بمثل ذلک الثمن فی حال غیبته) ای فی حال غیبة الموکل
قید به اذ فی حال حضرة الموکل یملک شراءه لنفسه لانه یملک عزل نفسه حال حضرته (علی ما مر) اشارة به الی قوله ولان فیه عزل نفسه
ولایملکه علی ما قیل الا بمحضر من الموکل (بخلاف غیر المعین) ای بخلاف ما اذا کان التوکیل بشراء عبد بغیر عینه فاختلفا (علی ما ذکرناه
لابی حنیفة رح) یعنی ما ذکره فیما مر آنفا من جانب ابی حنیفة رح وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رای الصفقة خاسرة
الزمها الآمر اقول لقائل ان یقول التهمة متحققة فی صورة المتعین ایضا بان اشتراه لنفسه لکن لا علی وجه الموافقة للآمر بل علی وجه المخالفة
له کان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمی او بغیر النقود او وکل وکیلا بشرائه فاشتراه الثانی بغیبة الاول ثم لما رای الصفقة خاسرة قال للآمر

اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شئ بعينه انما لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر واما على وجه المخالفة له باحد الوجوه الثلثة
المذكورة فيملك قطعا على مامر في محله فما الدافع لهذه التهمة على قول ابي حنيفة رح ثم اقول في الجواب عنه ان احتمال ان اشتراه لنفسه شبهة و
بعد ذلك احتمال ان اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عندهم ان الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر التهمة
في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة فاعتبرت في الاولى ولم يعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية
فان قيل المولى اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله مع انه يملك استيناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استينافه
وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك
استينافه على قول ابي حنيفة رح لم يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده
ايضا فكان ذلك انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقراره بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتمكن
انشاء شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استينافه فاطرد الجواب وعنده في المسئلتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان
فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على اصل ابي حنيفة رح لان الاب اذا اقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار
الا ببينة وكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه مع ان المقر
يملك استيناف العقد قلت لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح
حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استينافه وقع
على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل ابي حنيفة رح لا قوله ولا تهمة فيه وحده
انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك
الاستيناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران مع التصور الامكان الشرعي وما لم
يحضر الشهود لم يكن انشاء النكاح شرعا وقد افصح عنه صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود
وافصح عنه صاحب الغاية ايضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فلكون تملك
الاستيناف دائرا مع التصور لا يصح اصلا في قول صاحب الغاية لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا
بحال حضرة الشهود ثم اعلم ان هذه المسئلة على ثمانية اوجه كما صرح به في الكافي وغيره لانه اما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه او
بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل ذلك على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اختلفا
او هالكا وقد ذكر ستة اوجه منها في الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان وهما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد
هالكا والثمن منقود او غير منقود وقد ذكر حكمهما ودليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن
منقودا فالقول للمأمور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه
ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى اقول دليل الوجه الآخر منهما محل اشكال فان الآمر وان كان منكرا لاشتراء المأمور
للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر ان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه
بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي ان لا يكون لانكار الآمر شراء المأمور للآمر حكم في هذا الوجه ايضا فتامل (ومن
قال لآخر بعني هذا العبد لفلان) اي لاجل فلان (فباعه ثم انكر) اي المشتري (ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال
انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه) يعني ان لفلان ولاية اخذه من المشتري وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح



في تعليلها (لان قوله السابق) اي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان (اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق)
لان الاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون معناه لشفاعة فلان كما قال
محمد رح في كتاب الشفعة لو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت
هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في
مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك لغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في
الشروح (فان قال فلان لم آمره بذلك) ثم بدا له ان يأخذه (لم يكن له) اي لم يكن له على العبد سبيل (لان الاقرار) اي
اقرار المشتري (ارتد برده) اي برد فلان فاذا اعاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه (قال الا ان
يسلمه المشتري له) روي لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له اي لاجله ويكون المفعول الثاني
محذوفا وهو اليه فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر
وهو فلان ويكون الفاعل ضمير يعود الى المشتري فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان ثم ان هذا استثناء من
قوله لم يكن له اي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اخرت بعد قوله لم آمره لا يعتبر ذلك
بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في
شرح الجامع الصغير (فيكون بيعا عنه) اي فيكون تسليم العبد بيعا ابتداء (وعليه العهدة) اي وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا
فسر شيخ الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله (لانه صار مشتريا بالتعاطي) ولا يخفى ان يكون (كمن اشترى لغيره) اي كالفضولي الذي
اشترى لغيره (بغير امره حتى لزمه) اي لزم العبد المشتري (ثم سلمه المشتري له) حيث كان بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في
شرح الجامع الصغير لو ثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان اخذا بلا
اعطاء لعادة الناس وثبت به ان النفيس من الاموال والخسيس في بيع التعاطي سواء واشار المصنف رح الى ما قاله هؤلاء الشراح
بقوله (ودلت المسئلة) اي دلت هذه المسئلة (على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو)
اي البيع بالتعاطي (يتحقق في النفيس والخسيس) اي في نفيس الاموال وخسيسها (لاستتمام التراضي) اي لاستتمام التراضي
في كل واحد منهما (وهو المعتبر في الباب) اي التراضي هو المعتبر في باب البيع لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضي
في النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطي فيهما خلافا لما يقوله الكرخي ان البيع بالتعاطي لا ينعقد الا في الاشياء الخسيسة وقدم ذلك في اول
كتاب البيوع (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير (ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى
له احدهما جاز لان التوكيل مطلق) يعني ان التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين او مجتمعين (فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق
الجمع بينهما) اي بين العبدين (في البيع) فوجب ان ينفذ على الموكل (الا فيما لا يتغابن الناس فيه) استثناء من قوله جاز اي جاز
الشراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه (لانه) اي لان التوكيل المذكور (توكيل بالشراء) وهو لا يتحمل الغبن الفاحش
بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش (وهذا كله بالاجماع) اي ما ذكر في هذه المسئلة
كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين باعيانهما وقد سمى له ثمنهما وهي المسئلة الثانية (ولو امره
بان يشتريهما بالف) اي لو امر رجلا بان يشتري العبدين بالف (وقيمتهما سواء) اي والحال ان قيمتهما سواء (فعند ابي
حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز) اي جاز الشراء ووقع عن الموكل (وان اشترى باكثر) قلت ايهما

او كثرت (لم يلزم الامر) بل يقع عن الوكيل (لانه) اى الامر (قابل الالف بهما) اى بالعبدين (وقيمتهما سواء فيقسم) الا
الالف (بينهما نصفين دلالة) اى من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح (فكان امرا بشرى كل واحد منهما بخمسمائة ثم
الشراء بها) اى بخمس مائة (موافقة) لامر الآمر (وباقل منها) اى فى الشراء باقل من خمس مائة (مخالفة الى خير) فيجوز (وبالزيادة
الى شر) اى الشراء بالزيادة مخالفة الى شر (قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز) قال الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير احتمل ان المسئلة
لا اختلاف فيها لان ابا حنيفة رح انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس فى مثلها وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا
فالذى يتغابن الناس فى مثله انه لا يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون فى المسئلة اختلاف واحتمل ان المسئلة فيها اختلاف فى
قول ابى حنيفة رح اذا زاد على خمسمائة قليلا او كثيرا لا يجوز على الآمر وفى قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلا انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام
ان بعض مشائخنا قالوا ليس فى المسئلة اختلاف فى الحقيقة فان قول ابى حنيفة رح محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن
الناس فى مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس فى مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية فى حق هذا الواحد فهو كالوكالة بشراء
عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس فى مثله جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر ان المسئلة على الاختلاف فانه
اطلق الجواب على قول ابى حنيفة رح وفصله على قولهما انتهى والمص ره اختار ما ذهب اليه شيخ الاسلام حيث قال وبالزيادة
الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز (الا ان يشترى الباقى ببقية الالف قبل ان يختصما) فيجوز حينئذ ويلزم الآمر استحسانا
قيد به لان جواب القياس ان لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعى ره واحمد رحمه الله وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لان
شراء الاول قائم) يعنى ان شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة (وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين
بالالف) اى وقد حصل عند اشتراء الباقى غرض الآمر الذى صرح به وهو تحصيل العبدين بالالف (وما ثبت الانقسام) اى لم يثبت
(الا دلالة والصريح يفوقها) اى يفوق الدلالة يعنى ان الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن
العمل به بطلت الدلالة (وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس
فيه وقد بقى) اى والحال انه قد بقى (من الالف ما يشترى بمثله الباقى جاز) ولزم الامر (لان التوكيل مطلق) اى غير مقيد
بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف وهو) اى المتعارف (فيما قلنا) اى فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لا بد ان يبقى من الالف
باقية يشترى بمثلها الباقى) من العبدين (ليمكنه) اى ليمكن المامور (تحصيل غرض الامر) وهو تملك العبدين معا (قال
اى محمد رح فى الجامع الصغير (ومن له على آخر الف درهم فامره) اى الآخر (بان يشترى بها) اى
بتلك الالف (هذا العبد) يعنى العبد المعين (فاشتراه جاز) ولزم الامر قبضه او مات قبله عند المامور (لان فى تعيين المبيع تعيين
البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى) يشير الى ما سيذكره بقوله بخلاف ما اذا عين البائع الخ (ولو امره
ان يشترى بها) اى بالالف التى عليه (عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده) اى فمات العبد فى يد المشترى (قبل ان
يقبضه الآمر مات من مال المشترى) فالالف عليه (وان قبضه الآمر فهو) اى العبد (له) اى للآمر (وهذا عند ابى حنيفة
رضى الله تعالى عنه وقالا) اى ابو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) اى العبد (لازم للآمر اذا قبضه المامور) سواء قبضه الآمر
او مات فى يد المامور قال المص ره (وعلى هذا) اى على هذا التفصيل (اذا امره) اى اذا امر من عليه الدين (ان يسلم ما عليه) اى
يعقد عقد السلم (او يصرف ما عليه) اى او يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف
قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى ان يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض فى المجلس اقول فيه نظر اذ قد سبق فى اوائل



هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم دلالة ومفصلة مع التعرض باحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل
فيهما وهل يليق بشان المص ره دفع مثل ذلك التوهم فالحق عندى ان تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يرد فى الذهن من ان التفصيل المذكور
هل هو جار بعينه فى بابى السلم والصرف ايضا ام لا بناء على ان لهما شانا مخصوصا فى بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر فى آخر مسئلة التوكيل
بشراء شئ بغير عينه والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه (لهما) اى لابى يوسف ومحمد رحمهما الله (ان الدراهم والدنانير لا يتعينان
فى المعاوضات دينا كانت او عينا) يعنى سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا فى الذمة او عينا غير ثابت فى الذمة وتقرر ذلك
بقوله (الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار) ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعين بالتعيين
كان (الاطلاق والتقييد فيه سواء) فصار الاطلاق بان قال بالف ولم يقل بنصفه الى ما عليه والتقييد بان اضافه الى ما عليه فيه اى
فى العقد المذكور سواء (فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده) اى ويلزم العقد الآمر وصار كما لو قال تصدق بمالى عليك على
المساكين فانه يجوز (ولابى حنيفة رضى الله تعالى عنه انها) اى الدراهم والدنانير (تتعين فى الوكالات) قال صاحب النهاية لكن
هذا على قول بعض المشائخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين فى الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر فى الذخيرة وقال محمد رح فى الزيادات
رجل قال لغيره اشتر لى بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف
درهم لزم الوكيل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر
بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف
المشائخ فيه بعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا ان الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير تتعينان فى الشراء بعد
التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان فى الامانات وعامتهم على انها لا تتعين فائدة النقد
والتسليم على قول عامة المشائخ شيئان احدهما توقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا
دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم فى يد الوكيل والثانى قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا
لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ الشهادة وقال صاحب العناية بعد نقل
ما فى النهاية بنوع اجمال ولقائل ان يقول يعطى هذا فى كلام المص ره نظرا لانه اثبت قول ابى حنيفة رح بقول بعض المشائخ الذين
هم بعد ابى حنيفة رح بمائتى سنة والجواب ان المص ره لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشائخ فلعل اعتماده ذلك كان على ما نقل
عن محمد رح فى الزيادات من التقييد بعدم التسليم انتهى اقول ليس بشئ السؤال ولا الجواب اما الاول فلان بعض المشائخ الذين
هم بعد ابى حنيفة رح لم يقولوا ما ذهبوا اليه من تعين النقود فى الوكالات بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند انفسهم بل تخريجهم اياه
من اصل ابى حنيفة رح كما هو حال اصحاب التخريج فى كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف ره ههنا من قبيل اثبات قولنا اثبات قول
ابى حنيفة رح باصله على تخريج بعض المشائخ ومثال هذا اكثر من ان يحصى واما الثانى فلان حاصله ان المص ره اخذ ما ذكره ههنا
من مفهوم قول محمد رح فى الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه ان محمدا رح لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن ما ذكره على
قول نفسه فقط فلا اقل من ان يكون ذلك ما قال به ايضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم ان يكون المشترى للوكيل عند محمد رح
فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشتر بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك فى يده قبل ان يقبضه الآمر مع ان قول محمد رح
فيه وقول ابى يوسف رح بخلافه كما صرح به قاطبة وذكر فى مسئلة الكتاب وارد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال
فيه نظر اذ لا تفصيل فى الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى اقول هو مدفوع بحمل اطلاق ما فى الكتاب على ما هو المقيد فى كلام

التقات اذ قد تقرر في الاصول ان المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر (الاترى) تنوير لتعيين الدراهم والدنانير في الوكالات (انه) اي الآمر (لو قيد الوكالة بالعين منها) اي من الدراهم والدنانير (او بالدين منها ثم استهلكت) اي الآمر والوكيل (العين) كذا في معراج الدراية ويجوز ان يكون استهلكت على بناء المفعول (او اسقط) اي الموكل (الدين) بان ابراه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية ايضا ويجوز فيه ايضا بناء المفعول (بطلت الوكالة) جواب لو قيد الوكالة ونقل الشارح في الاجناس عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن الدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد يعني المص ره بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضيخان في السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبا وقد سماه فانفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكه ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه واستهلك دراهم كان الثوب للآمر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث او الوصي اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه اقول دلالة ما نقله عن الامام قاضيخان على ان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر انه صور المسئلة فيما انفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه ان لا يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل الا يرى انه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاقول كان المص ره قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه وقال صاحب العناية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكره في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المص ره بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك البيان تساويا في بطلان الوكالة بها انتهى اقول حاصل ما ذكره ما قاله صاحب الغاية خلا قوله ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وانه ليس ببعيد اذ لم نجد في نسخ النهاية ههنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هي مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل (فاذا تعينت) اي الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره ان الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات واذا تعينت (كان هذا) اي التوكيل المذكور (تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله) اي ذلك الغير (بقبضه) اي بقبض الدين (وذلك) اي تمليك الدين على الوجه المزبور (لا يجوز) لعدم القدرة على التسليم (كما اذا اشترى بدين على غير المشتري) بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين له على عمرو فانه لا يجوز فكان تقديره كما اذا اشترى المشتري شيئا بدين على غير نفسه كذا في النهاية وعليه اكثر الشراح وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام اي كما اذا اشترى هذا المامور بدين هو حق الآمر على غير هذا المامور انتهى ووافقه صاحب الغاية حيث قال يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا امره زيد مثلا ان يشتري بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين



من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تغاير لا يخفى (او يكون امرا بصرف) اي بدفع (ما لا يملكه الا بالقبض قبله) اي قبل القبض متعلق بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين والمعنى او يكون التوكيل المذكور امرا من رب الدين للمديون بدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع والى رب الديون ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض (وذلك باطل) اي امر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل (كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت) فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما اذا عين البائع) يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هناك (لانه) اي البائع (يصير) اولا (وكيلا عنه) اي عن الموكل (في القبض) تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان (ثم يتملكه) اي ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسئلة فصار كما لو عين البائع ومتى ابهم المبيع او البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح واجيب بان ذلك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر في القبض كذا في الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعل البائع وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير كذا في العناية وبعض الشروح اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البائع لو جعل ههنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط اداء الثمن على الغير بل يكون اداء الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع واما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور ههنا اصلا واما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه لما كان لقول المص ره فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب العناية في شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان امكن تخليص كلام المص ره بحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب اليه بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب اليه اكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب الغاية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتامل واجيب عن الاعتراض المذكور في بعض الشروح بوجه آخر ايضا وهو ان البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا في ضمن المبايعة ولا بد من ان يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والمبايعة لم يثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى (وبخلاف ما اذا امره بالتصدق) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد ذكر في سياق دليلهما (لانه) اي الامر بالتصدق (جعل المال لله تعالى) ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل في قبض حقه كذا في الكافي وغيره (وهو معلوم) اي الله تبارك وتعالى معلوم وكان تعيين البائع في المسئلة الاولى واما مسئلة التصادق في الشراء بان لا دين عليه فلان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء عينا او دينا ولكن يتعينان في الوكالات فلما لم يتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغيناني والمحبوبي وقاضيخان (واذا لم يصح التوكيل)

رجوع الى اول البحث يعني لما يثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح (نفذ الشرى على المامور فيهلك من ماله) يعني اذا هلك هلك من المال المامور به (الا اذا قبضه الآمر منه) فانه اذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر (لانعقاد البيع) بينهما (تعاطيا) وكان هالكا في ملك الآمر قال الامام الزيلعي في التبيين وذكر في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فيعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله ابو حنيفة رح والتعليل الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه امرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للجهول وكان توكيلا للدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز الى هنا كلامه اقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره ايضا اذ يجوز ان يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود في الوكالات ايضا لم يكن لتعيين الآمر الالف التي على المامور تاثير فيما امر به من اشتراء عبد له بل صح اشتراء المامور عبدا له بايّة الف كانت فكان ذكر تلك الالف في التوكيل لشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل وقد اشار اليه المص ره في اثناء دليلهما حيث قال وكان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل فلا بد في تمام التعليل من قبل ابي حنيفة رحمه الله من المصير الى تعيين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض المشائخ كما فعله المصنف ره فلله دره في تدقيقه وتحقيقه (قال) محمد رح في الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور) الى ههنا لفظ الجامع الصغير قال المص ره (ومراده) اي مراد محمد رح (اذا كانت) اي الجارية (تساوي الفا) يعني ان الحكم المذكور وهو كون القول قول المامور فيما اذا كانت قيمة الجارية الفا (لانه) اي المامور (امين فيه) اي في الخصوص المزبور (وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو) اي المامور (ينكر) والقول قول المنكر (فان كانت) اي الجارية (تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه) اي الوكيل (خالف) اي خالف الامر اذ امره بشراء حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة (والامر يتناول ما يساوي الفا) وايضا قوله غير فاحش (فيغرمه) اي المامور لانه لا يملك ان يخالف الامر اذ امره بشراء ولا ان يشتري بغبن فاحش (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير (وان لم يكن دفع اليه الالف) واختلفا (فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها) اي قيمة الجارية (خمسمائة فللمخالفة) لتحقق الغبن الفاحش كما مر آنفا (وان كانت قيمتها الفا فمعناه) اي معنى قول محمد رح فالقول قول الآمر (انهما يتحالفان) ويندفع بما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان تلزم الآمر سواء قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه اذا اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خير وكل ذلك ملزم للآمر كذا في العناية وغيرها اقول بقي ههنا شئ وهو ان المذكور في قول محمد رح فالقول قول الآمر والتحالف مخالف فكيف يكون هذا معنى ذلك والجواب الذي اشار اليه المص ره في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى ههنا كما لا يخفى على المتامل قال المص ره (لان الموكل والوكيل في هذا) اي في هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشتري) للمبادلة الحكمية بينهما (وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ) يعني فاذا تحالفا فيفسخ (العقد الذي جرى بينهما) اي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي (فتلزم الجارية المامور) قيل ههنا مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا



لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك واجيب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير (ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه) ووقع الاختلاف في الثمن (فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البائع) اي بائع العبد (المامور فالقول قول المامور مع يمينه) الى ههنا لفظ الجامع الصغير قال المص ره (قيل لا تحالف ههنا) وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني (لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو) اي البائع (حاضر) فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشاء العقد لزم الآمر فكذا ههنا (وفي المسئلة الاولى هو) اي البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) لعدم ما يرفعه ووجب التحالف (وقيل يتحالفان) في هذه المسئلة ايضا وهو قول الشيخ ابي منصور الماتريدي (لما ذكرناه) اي في المسئلة الاولى من انهما ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ولما استشعر ان يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد رح في الجامع الصغير ان القول قول المامور مع يمينه والتحالف مخالفه اجاب بقوله (وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) يعني ان محمدا رح اكتفى بذكر معظم اليمين من يميني التحالف وهو يمين البائع اي المامور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذي هو المامور معظم يمين التحالف لانه مدع ههنا ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين في كل حال فلما كان يمين المامور هو المختص بالتحالف كان اعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على المامور وهو المدعي فلان تجب على الآمر وهو المنكر اولى كذا في الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط هكذا ذكر المشائخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل الى ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المامور مع يمينه يدل على ان المامور يصدق فيما قاله وفي التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما كان ذلك انتهى كلامه قال (والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني ان بائع العبد بعد استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل والوكيل معا (وقبله) اي قبل استيفاء الثمن (اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما) اي بين البائع والموكل (بيع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) اي على الموكل (فبقي الخلاف) بين الآمر والمامور فلزم الخلاف قال المص ره (وهذا) اي القول بالتحالف (قول الامام ابي منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب) وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه ابي جعفر اصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا اذا تصادقا في الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل امرتني بالشراء بالف وقال الوكيل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الامر يستفاد من جهته وكان القول قوله فلو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد على ظاهره ان وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح ان يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التحالف فيه فيتصور بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن اصلا وبالجملة يجوز ان يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني هو المراد في قول الامام المحبوبي

(**فصل في التوكيل بشراء نفس العبد**) لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى ان اريد الشراء وكالة والا فللثانية لا غير فيحتاج الى ان يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء اصالة فيتناول الكلام المسئلتين معا

واما الاحتیاج الی ان یکون تقدیر الکلام لم یکن التوکیل بہ من مسائل فصل التوکیل بالشراء فامر ضروری علی کل حال لان المحذور ان لا یکون
التوکیل بہ من مسائل فصل التوکیل بالشراء الا ان یکون نفس شراء العبد نفسہ من مسائل ذلک اذ نفس الشراء مطلقا لیس من مسائل
التوکیل بالشراء قطعا ثم اقول فی استشکال ما فی الشروح التوجیہ الذی ذکروہ لا یتناول المسئلۃ الثانیۃ بل انما یتمشی فی المسئلۃ الاولی لان شراء
العبد نفسہ من مولاہ انما یصیر اعتاقا علی مال ان لو کانت شراؤہ نفسہ من مولاہ لنفسہ واما اذا کان لغیرہ فلا والتوکیل فی المسئلۃ الثانیۃ انما
ہو شراء العبد نفسہ من مولاہ للموکل فان وافق العبد امر الآمر فشراؤہ لیس باعتاق علی مال لا صورۃ ولا معنی بل ہو شراء محض وان خالف
امرہ فکون شرائہ اعتاقا علی مال لا ینافی کون التوکیل فی ہاتیک المسئلۃ من مسائل فصل التوکیل بالشراء اذ المسئلۃ لا تتغیر عن وضعہا
بمخالفۃ المامور لامر الآمر کما فی کثیر من مسائل ہذا الفصل وغیرہ واما التوکیل فی المسئلۃ الاولی فانما ہو بشراء رجل نفس العبد الموکل من مولاہ
لذلک العبد فاذا وافق وکیلہ امرہ فاشتری نفسہ من مولاہ لہ یصیر ذلک الشراء اعتاقا علی مال معنی وان کان شراء صورۃ فیجری
التوجیہ المذکور فی ہذہ المسئلۃ دون الاخری فکان قاصرا قال فی النہایۃ ومعراج الدرایۃ ثم ان الالف واللام فی قول المصنف رہ فی
التوکیل بشراء نفس العبد بدل الاضافۃ وتلک الاضافۃ اضافۃ المصدر الی الفاعل والفاعل ہو العبد بالنظر الی المسئلۃ الاولی ای
توکیل العبد الاجنبی بشراء نفسہ والاجنبی بالنظر الی المسئلۃ الثانیۃ ای توکیل الاجنبی العبد بشراء نفسہ انتہی وقال فی العنایۃ والتوکیل
بشراء نفس العبد من مولاہ علی وجہین ان یوکلہ العبد رجلا لیشتریہ من مولاہ وہو المسئلۃ الاولی وان یوکل العبد رجلا لیشتری نفسہ من
مولاہ فالعبد فی الاول موکل وفی الثانی وکیل وکلام المص رہ یتناولہما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف الیہ وجعل المصدر مضافا
الی الفاعل او المفعول وذکر احدہما متروک مثل ان یقول فی توکیل العبد رجلا او فی توکیل العبد رجل انتہی اقول تناول قول المص رہ
فصل فی التوکیل بشراء نفس العبد للمسئلتین علی کلا التقدیرین انما یکون علی سبیل البدل وفی ذلک تعسف لا یخفی فالاوجہ ان یقدر
کل واحد من المضاف الیہ والمتروک امرا عاما مثل ان یقول فصل فی توکیل احد آخر بشراء نفس العبد لیتناول عنوان ہذا الفصل
کل واحد من المسئلتین المذکورتین فیہ علی سبیل الشمول لا علی سبیل البدل (قال) ای محمد رح فی الجامع الصغیر (واذا قال العبد
لرجل اشتر لی نفسی من المولی) ای من مولای (بالف ودفعہا) ای دفع العبد الالف (الیہ) ای الی الرجل الذی وکلہ
(فان قال الرجل) ای الوکیل (للمولی اشتریتہ) ای العبد (لنفسہ) ای لنفس العبد (فباعہ علی ہذا) ای فباع المولی
ذلک العبد علی ہذا الوجہ (فہو حر) ای فذلک العبد حر یعنی صار حرا (والولاء للمولی) ای وولاء ذلک العبد للمولی (لان بیع نفس
العبد منہ) ای من العبد (اعتاق) ای اعتاق علی مال والاعتاق علی المال یتوقف علی وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلک کما
اشار الیہ بقولہ (وشراء العبد نفسہ قبول الاعتاق ببدل والمامور سفیر عنہ) ای عن العبد حیث اضاف العقد الیہ
(اذ لا یرجع علیہ الحقوق) ای لا یرجع الی المامور حقوق العقد لانہ متی اضاف العقد الی العبد فقد جعل نفسہ رسولا ولا عہدۃ علی
الرسول واذا کان کذلک (فصار کانہ) ای العبد (اشتری) نفسہ (بنفسہ) ای بلا واسطۃ (واذا کان اعتاقا) ای واذا
کان بیع نفس العبد اعتاقا لذلک العبد (اعقب الولاء) ای اعقب الولاء للمعتق فثبت ان العبد فی ہذہ الصورۃ صار حرا و
کان ولاؤہ لمولاہ (وان لم یبین للمولی) ای ان لم یقل الوکیل اشتریت العبد لنفس العبد (فہو عبد للمشتری) یعنی صار
ملکا لہ (لان اللفظ) ای لان قولہ اشتریت عبدک بکذا (حقیقۃ للمعاوضۃ) ای موضوع للمعاوضۃ دون الاعتاق (وامکن
العمل بہا) یعنی ان الحقیقۃ یجب العمل بہا مہما امکن وقد امکن العمل بہا (اذا لم یبین) ای اذا لم یعین فلم یقل اشتریت
عبدک لاجل نفسہ (فیحافظ علیہا) ای فیحافظ اللفظ علی الحقیقۃ فان قیل لا نم ان العمل بالحقیقۃ ممکن ہہنا لانہ توکیل بشراء



شئی بعینہ فلیس للوکیل ان یشتریہ لنفسہ قلنا قد اتی الوکیل ہہنا بجنس تصرف آخر لان ما وکل بہ کان من جنس الاعتاق علی مال وما اتی
بہ انما ہو من جنس الشراء المحض فکان مخالفا للامر فینفذ علیہ وسیجئ الاشارۃ من المصنف رہ الی نظیر ہذا فی المسئلۃ الثانیۃ (بخلاف
شراء العبد نفسہ) حیث فعل الاعتاق لتعذر العمل بالحقیقۃ (لان المجاز) وہو کون الشراء مستعارا للاعتاق (فیہ) ای فی شراء العبد
لنفسہ (متعین) لان العبد لیس باہل ان یملک مالا فصار شراؤہ نفسہ مجازا عن الاعتاق او لان نفس العبد لیست بمال فی حقہ حتی
یملک نفسہ ثم یعتق لانہ آدمی فی حق نفسہ حتی وجب الحد والقصاص علیہ باقرارہ والمال غیر الآدمی خلق لمصالح الآدمی فلم یکن العمل بالمعاوضۃ
فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنی ازالۃ الملک فان البیع یزیل الملک بعوض الی آخر والاعتاق یزیلہ لا الی آخر (واذا کان معاوضۃ)
یعنی اذا کان العقد معاوضۃ فیما اذا لم یعین للمولی (یثبت الملک لہ) ای للمشتری (والالف للمولی) ای والالف التی دفعہا العبد
للمولی الی المشتری مبین ان ذلک یکون للمولی (لانہ کسب عبدہ وعلی المشتری الف مثلہ) ای مثل ذلک الالف (ثمنا للعبد)
قولہ ثمنا نصب علی التمییز ای من جہۃ انہ ثمن للعبد (فانہ) ای الثمن (فی ذمتہ) ای فی ذمۃ المشتری (حیث لم یصح الاداء) لان المشتری
ادی ثمن الالف الی المولی من کسب عبدہ وکسب ملک المولی فلا یقع ثمنا قال فی النہایۃ وہذا ظاہر فیما اذا وقع الشراء للمشتری واما
اذا وقع الشراء للعبد نفسہ حتی عتق ہل یجب علی العبد الف اخری قال الامام قاضیخان فی الجامع الصغیر فیما اذا بین الوکیل للمولی انہ
یشتریہ للعبد ہل یجب علی العبد اخری لم یذکر فی الکتاب وینبغی ان یجب لان الاول مال المولی فلا یصلح بدلا عن ملکہ انتہی وقال
فی العنایۃ بعد نقل ذلک عن النہایۃ قلت وفی کلام المص رہ ما یشیر الیہ فانہ جعل شراء نفسہ قبولا للاعتاق ببدل فلو لم یجب علیہ
الف اخری کان اعتاقا بلا بدل انتہی فتامل (بخلاف الوکیل بشری العبد من غیرہ) ای من غیر العبد بان یوکل اجنبی اجنبیا
بشری العبد من مولاہ (حیث لا یشترط بیانہ) ای بیان الشراء یعنی لا یشترط علی الوکیل ان یقول وقت الشراء اشتریتہ لموکلی
فی وقوع الشراء للموکل (لان العقدین) یعنی الذی یقع لہ والذی یقع للموکل (ہناک) ای فی تلک الصورۃ (علی نمط واحد)
ای علی نوع واحد وہو المبایعۃ والنمط النوع والطریقۃ ایضا (وفی الحالین) ای حال الاضافۃ الی نفسہ وحال الاضافۃ الی موکلہ المطالبۃ تتوجہ نحو العاقد فلا
یحتاج الی البیان (واما ہہنا) ای فیما نحن فیہ (فاحدہما) ای احد العقدین (اعتاق معقب للولاء ولا مطالبۃ علی الوکیل) ای لا مطالبۃ
فی الاعتاق علی الوکیل لانہ سفیر (والمولی عساہ) ای لعلہ (لا یرضاہ) ای لا یرضی الاعتاق لانہ یعقب الولاء وموجب الجنایۃ علیہ حینئذ
فربما یتضرر بہ (ویرغب فی المعاوضۃ المحضۃ) ای والمولی عساہ یرغب فی المعاوضۃ المحضۃ (فلا بد من البیان) اعلم ان قول المص رہ
ولا مطالبۃ علی الوکیل علی روایۃ کتاب الوکالۃ فی باب الوکالۃ بالعتق فان محمدا رح ذکر فیہ ان العبد یعتق والمال علی العبد دون الوکیل وذکر
فی باب وکالۃ الماذون والمکاتب من کتاب الوکالۃ ان العبد یعتق والمال علی الوکیل وہکذا فی وکالۃ الجامع الکبیر وجہ روایۃ الجامع ان توکلہ
بشراء العبد للعبد لتوکلہ بشرائہ لغیرہ وہناک یصیر ہو المطالب بتسلیم الثمن فکذا ہہنا وعن عیسی بن ابان قال الصحیح ان الثمن علی الثمن لان الوکیل
من جانب العبد فی العتق سفیر ومعبر فانہ لا یستغنی عن اضافۃ العقد الی الآمر ولیس الآمر من تبض المعقود علیہ شئی فلا یتوجہ علیہ المطالبۃ بتسلیم
البدل الا یری ان المولی لو کان ہو الذی امر الرجل لیبیع نفس العبد من العبد بالف درہم الی العطاء فباعہ للوکیل بہذہ الصفۃ یجوز البیع
والف علیہ الی ذلک الاجل والذی یلی قبض الالف ہو المولی دون الوکیل فکذا ہہنا کذا ذکرہ الامام المحبوبی (قال) ای محمد رح فی الجامع
الصغیر (ومن قال لعبد اشتر لی نفسک من مولاک فقال لمولاہ) ہذہ ہی المسئلۃ الثانیۃ من المسئلتین اللتین یشتملہما ہذا
الفصل فمن وکل عبدا بشراء نفسہ من مولاہ فلا یخلو اما ان یضیف العبد العقد الی موکلہ او الی نفسہ او اطلق فان اضافہ الی موکلہ
فقال لمولاہ (بعنی نفسی لفلان بکذا ففعل) ای ففعل المولی ذلک (فہو) ای العقد (للآمر) لان العبد یصلح وکیلا

عن غيره في شراء نفسه لانه) اى العبد (اجنبي عن ماليته) لانها للمولى حتى لو اقر بها لغيره لم يصح (والبيع يرد عليه) اى على العبد (من حيث انه مال) لا من حيث انه آدمي فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من اموال المولى او التوكيل اجنبي بشراء نفسه قال شمس الائمة وصحة هذا التوكيل فلان العبد مخاطب له عبارة فلان كالحر وانما يصلح الحر ان يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار ان له عبارة صحيحة فكذلك العبد (الا ان ماليته في يده) استثناء من قوله لانه اجنبي عن ماليته يعني ان مالية العبد في يد نفسه (حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) فانه لو اراد البائع ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته في يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها (لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال وكون المالية ههنا في يد البائع امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا تعتبر انتهى اقول كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه اما السؤال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في اثناء هذا السؤال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السؤال ان التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير ان لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل هناك فلا يكون نظيرا لما نحن فيه فالوجه ان يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل وتوضيح المقام ان لنا قولين في قبض الوكيل على ما مر احدهما ان قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثاني واما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول امر حسي لا مرد له والثاني امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر الثاني دون الاول مما لا يجدي طائلا في قطع مادة السؤال المذكور لان خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد له انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تأثير الفرق المزبور بالنظر الى ما ادرج في اثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك السؤال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا تم بمكان لا يحيل في غيره الا باعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البائع ومالية لا تنفك تسلمت اليه فلا حبس بعد التسليم الى هنا كلامه اقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي ستصوبه بحث اما في الاول فلان الامر الحسي الذي لا مرد له انما هو قبض الوكيل قبض الموكل واين هذا من ذاك فلم يكن الامر بالعكس كما لا يخفى واما في الثاني فلانه ان اراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف لما قاله سابقا في النظر من ان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وان اراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار اهل الشرع فللسائل ان يقول لم لا يجوز ان يترك اهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على ان حاصل هذا الجواب ايضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بان الانفكاك جائز في الاول دون الثانية فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت ان خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم ههنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا ان يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين ان يقال كما ذكره لا ان الصواب في الجواب عن اصل السؤال ان يقال كذا لكنه بعيد عن الفهم لحق المقام ولا شبهة في تقرير ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه



ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى وكان كالوكيل له ولاية الحبس للمبيع عن الموكل وان كان بيده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى (فاذا اضافه) اى فاذا اضاف العبد العقد (الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر) فهذا نتيجة الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم ان قوله في الكتاب فيقع للآمر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع من ان اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك لو وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفي الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قيل اذا اضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا انه العاقد فيجب الثمن عليه الا انه يرجع به على الآمر فان قلت العبد قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن (وان عقد لنفسه) اى ان اضاف العقد الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت (فهو حر لانه اعتاق) لما تقدم (وقد رضي به المولى) لانه علم ان بيع العبد منه اعتاق (دون المعاوضة) اى لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر وان استشعر ان يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف يستجاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله (والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر) وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا (وفي مثله ينفذ على الوكيل) فان الوكيل بشراء شيء بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان) اى وكذا لو اطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك (فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين) يعني الامتثال وغيره (فلا يقع امتثالا) اى فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى اقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المص ره وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع وقد تقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض فلا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه اصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق ايضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح ان يكون قرينة للمجاز اذ لا شك ان مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل ان يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما اطلق ولم يضف الى احد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وايضا ان اراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ

الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي واين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان اراد بذلك انها خارجة عن مفهوم
بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئا لان وضع المسئلة في اطلاق مجموع ما صدر عن العبد اذ به تمتاز هذه الصورة
عن صورتي الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة
لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن اصل المعارضة ما ذكره صاحبا النهاية
والكفاية حيث قالا فان قيل ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ حقيقة في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل
على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء للموكل كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لانه
غير موضوع للاضافة بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان
ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشرى للموكل
يفوت هذا الغرض او يقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

(فصل في البيع) لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمه فهو وجه فصل
البيع ههنا كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من احكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم
منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها
قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء
ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه ايضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان احكام التوكيل
بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتامل (قال) اي القدوري في مختصره (والوكيل
بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له) اي وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد ولده
وزوجته وعبده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الامثلة الا ان المص ره قصد الاجمال فقال بدلها ومن لا تقبل شهادته قال
الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابيه واخيه اقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه يقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف
كما مر في كتاب الشهادة (عند ابي حنيفة رضي الله عنه) والمراد بعدم البيع والشراء مع هؤلاء عند ابي حنيفة رحمه الله عدم جواز ذلك عنده
في مطلق الوكالة واما اذا قيد الوكالة بعموم المشية بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من
ابن صغير له حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية (وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة)
قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف ايضا وقال صاحب النهاية خص قولهما في الكتاب
في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي وكان فيه اشارة الى انه لا يجوز عندهما ايضا في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص
مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة ان البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما وكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال
فيها الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز
بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رح روايتان في رواية
الوكالة والبيوع لا يجوز عند ابي حنيفة رح وبيعه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك
عند ابي حنيفة رح باتفاق الروايات وابو حنيفة رح فرق على رواية الوكالة والبيوع بين الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل
انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي حنيفة رح على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة



ظهور الربح او لم يظهر مع ان له قبل ظهور الربح حكم الوكيل اجيب بان وجهه ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك
رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فاشبه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة وباشبهه بالنائب لم يجز
تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة (الا من عبده او مكاتبه) فانه لا يجوز عندهما ايضا قيد في المبسوط بقوله الا من عبده
الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى انه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عندهما تتميم للشبه كذا في النهاية و
معراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان العبد الذي عليه دين محيط ما في يده ملك لمولاه عند ابي يوسف ره ومحمد رح فلا يظهر للتقييد
فائدة انتهى اقول نعم ان العبد الذي عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما الا انه يتعلق به حق الغرماء حتى لو اعتق مولاه من
كسبه عبدا يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء واما عند ابي حنيفة رح فلا يملك مولاه ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لا يعتق ففائدة التقييد تظهر بناء
على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما ايضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن ان ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين محيط
شيئا من اكسابه وبيع مولاه منه شيئا من امواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا بيع مولاه شيئا منه عندهم اصلا
وسينكشف ذلك كله في كتاب المأذون فقوله في المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه ان كسبه ملك خالص لمولاه
لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المص ره في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما (لان التوكيل مطلق)
اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه وكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة (ولا تهمة) ههنا لانها اما ان يكون
من حيث ايثار العين او من حيث ايثار المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلما ذكره بقوله (والاملاك متباينة) الا يرى انه يجوز
للابن وطي جارية نفسه ولا يحل له وطي جارية ابيه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جارية مشتركة ولما حل له وطيها كما
لا يحل له وطي جارية ابيه (والمنافع منقطعة) لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وان كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين
فلا تهمة واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة بنفسه فاذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي (بخلاف العبد) يعني
الذي لا دين عليه لما عرفت (لانه بيع من نفسه) اي لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه (لان ما في يد العبد) اي ما في
يد مثل ذلك العبد (للمولى) اي ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفي البيع
كان مستزيدا او مستنقصا قابضا ومسلما مخاصما في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى (وكذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لا تفسخ بعسر اته ولا
تزوج عبده (وينقلب حقيقة بالعجز) يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة
فصار كالعبد (وله) اي ولابي حنيفة رح (ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات) يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة
مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع امانة (وهذا) اي ما نحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة)
اي فيما بينهم (ولان المنافع بينهم متصلة) لان كل واحد منهم ينتفع بمال صاحبه عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه (فيصار) اسم
بيع الوكيل من هؤلاء (بيعا من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية في شرح دليل ابي حنيفة رح ههنا ولابي حنيفة رح
القول بالموجب اقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر في كتب الاصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا
ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما ان التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من
قبله ان التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر ان مآل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام له فلم يكن له من القول بالموجب في شيء
نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي ان التعليل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور
من قبلهما كما لا يخفى قال المص ره (والاجارة والصرف على هذا الخلاف) يعني ان الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور

وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هو الا ربا بالاجماع فبين ان الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما كذا في الشرح اقول السلم ايضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير فكان الاحسن ان يذكره المصنف ره معهما كما قال في الكافي حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف (قال) اي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة ره) ويجوز بيعه باجل غير متعارف ايضا عنده صرح به في الذخيرة وغيرها ولقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع بما عز وهان وباي من كان والى اي اجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا (وقالا) اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه) اي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير (ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) اي لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا باجل متعارف قال في الذخيرة واذا باع باجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا رح وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة وما اشبه ذلك فعلى قول ابي حنيفة رح يجوز وعلى قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا يجوز وقال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو ان يقول بع هذا العبد فانى دين او قال بع فان الغرماء يلازمونني او قال بع فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسيئة انتهى قال المص ره في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما (لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف) اي بما هو متعارف بين الناس (لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها) اي فيتقيد التصرفات بمواقع الحاجات (والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا) اي ولاجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم اليق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا في النهاية ومعراج الدراية (والجمد) بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر كذا في الصحاح والديوان (والاضحية بزمان الحاجة) متعلق بتقييد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بايام الصيف وبشراء الاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر (ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة (وكذا المقايضة) اي البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء (فلا يتناوله) اي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة (مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي) لان المطلق ينصرف الى الكامل (ولابي حنيفة رح ان التوكيل بالبيع مطلق) اي غير مقيد بشيء (فيجري) اي يجري المطلق (على اطلاقه في غير موضع التهمة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة اقول هذا مع ما قاله في المسئلة الاولى ان لم يقل الخصم ههنا قط ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعني ان ما هو في صورة الاطلاق من الامر فهو مقيد في الحقيقة بالتعارف فلم يقع منه الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع او التسليم فلا يتصور ان يكون ما ذكر من قبل ابي حنيفة رح ههنا قولا بالموجب بتسليم ان التوكيل بالبيع مطلق والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله (والبيع بالغبن او بالعين) اي العرض (متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم) اي السآمة من العين تنزل منزلة الجواب عن المنع المذكور يعني سلمنا ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او العين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن التجارة الرابحة او لغيرها وعند التبرم (من العين) وفي هذا لا يبالى بقلة الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته وكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين



على الآخر (والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة ره على ما هو المروي عنه) اي المسائل المستشهد بها من قبل الخصم وهي مسائل شراء الفحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول ابي حنيفة رح بل هي مروية على قول ابي يوسف رح على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة رح فهي على اطلاقها لا يتقيد بزمان الحاجة قال في غاية البيان ولئن سلمنا انها تتقيد على قول ابي حنيفة رح ايضا فنقول انما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين او تربص الجمد كالفقاعيين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية تتقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ايضا (وانه) اي البيع بالغبن (بيع من كل وجه) جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لا نسلم انه كذلك بل هو بيع من كل وجه (حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به) اي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العادة في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا يأكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية اخذا من النهاية اقول في الجواب بحث لان حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء ان البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعا لا حقيقة ولا عرفا فيرد عليه ان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه وان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هو اول المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي انه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة اليمين فاذا ورد الاعتراض عليها باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير الى الاصل المتنازع فيه (غير ان الاب والوصي لا يملكانه) جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه يملك الاب والوصي يعني ان الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش (مع انه بيع) اي من كل وجه (لان ولايتهما) اي ولاية الاب والوصي على الصغير (نظرية) اي بشرط النظر في امر الصغير بالشفقة وايصال النفع اليه (ولا نظر فيه) اي في البيع بغبن فاحش (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لا نم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه (لوجود حد كل واحد منهما) قال صاحب العناية وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع وقال وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لا يخفى على احد ان المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع وان المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري والحد المذكور اعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك بمعزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما واما ثانيا فلان قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد ان جعل هذا الحد حد الكل واحد من البيع والشراء يقتضي ان يكون كل المبايعات التي الا ضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في اول البيوع ولم يقل به احد قط واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان البائع في قوله بمال هي بالمقابلة

والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى اقول هذا ساقط لان بالمقابلة والعوض لا ينافي تناول الحد المذكور للشراء فان المقابلة والمعاوضة تتحققان
في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجي الكلام فيه قال صاحب العناية ويجوز ان يقال البيع في
الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق
على المقايضة انتهى اقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره ان يكون ضعيفا عنده الا ان المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة
انهما صادقان على بدلي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء
فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففي التقرير قصور انتهى فتدبر ثم
قال صاحب العناية فالبيع والشراء لفظان على عقد شرعي يرد على مجموع المالين باعتبارين يتعين كل منهما بالاطلاق لفظ مخصص عليه وبذلك
يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى اقول وفيه خلل لان حاصله ان معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات
ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منها بالاطلاق لفظ مخصص عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع من المشتري
لكنه ليس بصحيح اما اولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد ويطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء
وصرح به في اول كتاب البيوع حتى صرح نفسه ايضا هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه واذا
كان كذلك فكيف تيسر اختصاص احد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعين احد هذين المعنيين بالاطلاق
احد ذينك اللفظين عليه ولا شك ان ما هو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على ان تحلل معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به
احد من الثقات ولا يرى له وجه سديد واما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد ايضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة
التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله يتعين كل منهما بالاطلاق لفظ مخصص عليه وبذلك يتميز البائع على المشتري والوكيل
بالبيع عن الوكيل بالشراء واما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ مخصص وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من احد المتعاقدين بيعا
من الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا ان يحمل المراد
بكونها بيعا وشراء من كل وجه على انها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد واما بعد صدوره فيتعين واحد منها لكنه تعسف ثم انه فرع على ما ذكره
سقوط بعض ما قيل ههنا وما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع ايضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى ثم اعلم ان ههنا سؤالا وجوابا يستدعي
بسطها تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال ان يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة ولو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه
وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى
عرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى عرض صاحبه وانما قلنا هكذا لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الآخر
في ان يجعل هو مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لا نم عدم الاولوية في احدهما لانه لا بد من ادخال
الباء في واحد منهما لتحقيق الصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء تتعين للثمنية لما عرفت ان الباء تصحب الاثمان فتعين الآخر لكونه مبيعا
قلنا قد ذكر في اوائل كتاب البيوع ان الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشيء من المكيلات والموزونات من غير الدراهم
والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل والعروض المعينة متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء او لم
يدخل اما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تتعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا
العبد بكذا حنطة جيدة واما اذا لم يدخل عليها الباء فلا يتعين لها ايضا ثم كلامنا ههنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال هما
قيضان اي متساويان وكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان دخلت



الباء في احدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن اي وجه رجح ابو حنيفة رح جانب البيع فيه فنفذ البيع على
الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو من جانب البيع استدلالا بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم
من كتاب البيوع من ان جانب البيع يترجح على جانب الشراء في البيع بعرض الا يرى ان احد المضاربين لو اشترى بغير اذن صاحبه
كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف ايضا حتى لو كان
صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا ان جانب البيع يترجح فيه كذا في النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما ان كل واحد من عاقدي
عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدي عقد الصرف بائع ومشتر لان عقد
الصرف بيع والبيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من الآخر في جعله مبيعا وثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش
يتحمل في بيع المقايضة على قول ابي حنيفة رح في ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكر في الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل في بيع الصرف على قول الكل
باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة في الصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة قلت الفرق بينهما انما نشا
من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش ههنا ايضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش
انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود ههنا فان الوكيل
يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به في المبسوط واما في بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع من نفسه ولا ان يشتري لنفسه عرض
الآخر بمقابلة عرض الموكل فلم يرد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول ابي حنيفة
وذكر في الذخيرة ان الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابي حنيفة رح
ان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شرى من وجه الا ان الشرى اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم والدنانير
اصل والعبرة للاصل فكان شرى من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل الشرى بالاتفاق كذا في النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل
بالصرف فانه لا يجوز فيه ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى اقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع
بالاقل فيما اذا اتحد البدلان في الجنس واما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر في كتاب الصرف ولا يخفى ان عدم جواز بيع الوكيل بالصرف
بغبن على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر في صورة اتحاد الجنس بل يعم صورتي اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة
في صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالف درهم بيض فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس
في مثله لم يجز على الآمر انتهى فتلزم بهذه الصورة قطعا ويكفي في ورود السؤال على ما ذكر في الكتاب ولعمري ان صاحب العناية قد
خرج في شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب وغبن في تفرقاته غبنا فاحشا ومع ذلك قال في آخر كلامه فعليك بهذا وتطبيقه على ما في
الكتب ملاحظا بعين البصيرة تحمد التصدي لتلفيقه ان شاء الله تعالى (قال) اي القدوري في مختصره (والوكيل بالشراء يجوز

---

عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها) وهي الغبن اليسير (ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله)
وهو الغبن الفاحش وقال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رح رواية اخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا في غاية البيان
علل المصنف ما في الكتاب بقوله (لان التهمة فيه) اي في الشراء (متحققة فلعله) اي فلعل الوكيل (اشتراه) اي اشترى
الشيء الذي وكل به (لنفسه) اي لاجل نفسه (فاذا لم يوافقه الحقه بغيره) وهو الموكل (على ما مر) اشارة الى ما ذكره في
فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر انتهى والتهمة في باب الوكالة معتبرة
ولان الوكيل بالشراء يوجب الثمن في ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله في ذمة الآخر والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك ان

يلزم الآمر الثمن بالم يدخل في ملكه بازائه ما يعدله ولهذا قال لو اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ولان امره بالشراء يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير في جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شئ ماله سوى البيع الذي ارضى بزوال ملكه عنه وهذه فروق اربعة بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشرى في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط (حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا) اي المشائخ (ينفذ على الآمر) اي ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة (لانه) اي الوكيل (لا يملك شراءه) اي شراء ذلك الشئ المعين (لنفسه) واراد بقوله قالوا عامة المشائخ فان بعضهم قال تحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا تحمل فيه اليسير ايضا كما في الذخيرة وغيرها (وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه) اي زوج موكله (امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده) اي عند ابي حنيفة رح ذكره محمد رح في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امراة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان زادها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز وان زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرد واذا وكل رجل رجلا ان يزوج امراة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته وهذا يشبه هذا الشراء لو امره ان يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المص رح في تعليل ما في الكتاب اي الوكيل بالنكاح (لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد) اي في عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) اي تهمة ان يعقده لنفسه ثم يلحقه بغيره (ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد) اي لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعني يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فيتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك واما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا (قال) في بيوع التتمة وبه يفتي (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) هذا لفظ القدوري في مختصره ويفهم منه ان مقابله ما يتغابن فيه قال في الذخيرة تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روي عن محمد رح في النوادر ان كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش وقال واليه اشار في الجامع في تعليل مسئلة الزكوة قال المص رح (وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده) اعلم ان ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسير للغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه ان يكون هذا ايضا تفسير للغبن الفاحش واما الذي يقتضيه التطبيق لما عين في سائر المعتبرات ان يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير وعن هذا كان الشراح ههنا فرقتين فمنهم من تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقبل لا من عند نفسه ومنهم من جزم بالثاني فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة وكان قوله وقيل معطوفا على بالضمن قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندي ان يكون ذلك تفسير للغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشائخ في كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين



الاسبيجابي فانه قال في شرح الطحاوي وروي عن نصير بن يحيى انه قال قدر ما يتغابن الناس في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ ابو المعين النسفي فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشائخ في الحد الفاصل بالقليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى راي القاضي ومحمد رح قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير بده نيم ومشائخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب حكي عنهم انهم قدروا اليسير في العقار بده دوازده وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم انتهى كلامه الى غير ذلك من الائمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسير الغبن اليسير هذا وانما كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المذكور (لان التصرف يكثر وجوده في الاول) وهو العروض (ويقل في الاخير) وهو العقارات (ويتوسط في الاوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلة التصرف) لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعلت اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا او النصف من النصفة وكان اليسير وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير (واذا وكله) اي اذا وكل رجلا (ببيع عبد) اي ببيع عبد له) وفي بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح) انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال المصنف رحمه الله تعالى (لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجري على اطلاقه ونور ذلك بقوله (الا ترى انه لو باع الكل) اي كل العبد (بثمن النصف يجوز عنده) اي عند ابي حنيفة رح (فاذا باع النصف به) اي بذلك الثمن (اولى) اي فهو اولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار الثمن انفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة واما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي ان لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة اقل واهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله فلان يجوز ذاك وهو اهون اولى (وقالا لا يجوز) اي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد (لانه غير متعارف) يعني ان التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف (ولما فيه من ضرر الشركة) لانها عيب (الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما) اي الموكل والوكيل (لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتري جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه) اي البيع الاول (وقع وسيلة) الى الامتثال (واذا لم يبع) الباقي (ظهر انه) اي البيع الاول (لم يقع وسيلة) الى الامتثال (فلا يجوز وهذا) اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان عندهما) اذ القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الامام الزيلعي في التبيين وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة رح والمعنى الاول انسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن (وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا) الشقص الجزء من الشئ والنصيب كذا في المغرب (فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع) اي شراء البعض (وسيلة) الى الامتثال (فينفذ على الآمر) لانه يصير كانه اشتراه جملة قال المص رح (وهذا) اي جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا (بالاتفاق) بين ائمتنا الثلثة ثم اختلف ابو يوسف ومحمد رح

في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال ابو يوسف رح ان اعتقه الآمر جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رح ان اعتقه الوكيل
جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رحمه الله يقول خالف العقد موقوف على اجازة الموكل الا يرى انه لو اجاز صريحا نفذ عليه فالاعتاق
اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلم ينفذ
اعتاقه ومحمد رح يقول انه قد خالف فيما امره به وانما التوقف على اجازته عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع
الخلاف وقبل ان يشتريه بقي مخالفا فاذا اعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح (والفرق لابي حنيفة رح)
اي بين البيع والشراء (ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر) اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعني ان
التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية (وآخر) اي وفرق آخر لابي حنيفة رح بين البيع والشراء (ان الامر بالبيع
في صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) اي ملك الآمر (فيصح) اي الامر بالبيع لولاية الآمر على ملكه (فيعتبر فيه اطلاقه) اي اطلاق
الامر (والامر بالشراء) في صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) وهو مال البائع (فلم يصح) اي الامر بالشراء (فلم يعتبر فيه
التقييد والاطلاق) اي تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والمتعارف فيه ان يشتري الجيد جملة كذا في العناية وهو الذي يساعده
ظاهر لفظ المص رح قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل
بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك
ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة
الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه
والاعمال ولو بوجه الى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان حاصله انا لم نعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل
بالعرف مع كونه من الدلائل فنتيجة عليه ان مقتضى هذا ان لا يعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالبيع ايضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك
فان قلت لم يعمل بالقياس في صورة الشراء فلو لم يعمل بالعرف ايضا لزم ابطال الدليلين ايضا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها
بالقياس بناء على ان الامر فيها صادف ملك الآمر قلت لا تاثير لهذا الفرق ههنا لانا انما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو اقوى
من القياس فبقي الكلام في العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز
تقييده به في صورة البيع ايضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني ان الامر في صورة التوكيل بالبيع
صادف ملك الآمر فصح امره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق فاما الامر في
صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا
عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شراء
الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز على الآمر لانه حصل مقصوده
انتهى اقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المص رح الا انه حينئذ لا يتوجه السوال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج
الى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتامل (قال) اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير (ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه) وسلمه
(وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه) اي على البائع المشتري (بعيب لا يحدث مثله) اي لا يحدث مثله اصلا
كالاصبع الزائدة والسن الشاغية ولا يحدث مثله في مثل هذه المدة (بقضاء القاضي) متعلق برده اي رده بقضاء القاضي وهو احتراز عما
اذا كان الرد بغير قضاء كما سياتي (ببينة) متعلق بقضاء القاضي اي قضاءه ببينة المشتري (او باباء يمين) اي او قضاءه باباء البائع عن



اليمين عند توجهها اليه (او باقراره) اي او قضائه باقرار البائع (فانه) اي البائع وهو المامور (يرده) اي يرد العبد الذي رد عليه (على
الآمر) بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة الى قضاء القاضي
لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول
فقضاء القاضي كان جبرا اياه على القبول كذا في النهاية وكثير من الشروح واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث
قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضي فما فائدة ذكره قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا
كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد على الموكل وان كان عيبا لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة فافهم
واغتنمه انتهى كلامه اقول هذا الجواب ليس بشاف اذ هو لا يحسم عرق السوال لان هاتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء اي حاصلة بعد حصوله و
كلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء يعني ان القضاء انما شرع لفصل الخصومات ودفع المنازعات ولا شك ان فصل الخصومة ورفع المنازعة
فرع تحقق الخصومة والمنازعة فيما اذا اقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة الى القضاء راسا فباي سبب يقع القضاء حتى يترتب عليه تلك
الفائدة فالجواب الثاني هو الاول لان امتناع المقر بالعيب عن قبول العيب يقتضي الاحتياج الى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول قال المص رح
في تعليل المسئلة المذكورة (لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع) اذ الكلام في عيب لا يحدث مثله (فلم يكن قضاؤه
مستندا الى هذه الحجج) يعني البينة والنكول والاقرار قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سوال سائل وهو ان يقال لما كان العيب
لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج بل ينبغي ان يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب
عند البائع فاجاب بان قال لم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح ان معنى هذا الكلام وان كان صالحا
لان يكون جوابا عن ذلك السوال الا ان تفريع قوله ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ما قبله بادخال الفاء عليه يابى ذلك جدا لان
منشاء السوال ما قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه
مستندا الى هذه الحجج هذا الذي ذكره دفع لسوال سائل فقرر السوال بالوجه المذكور ثم لما جاء الى تقرير الجواب قال فاجاب عنه بقوله وتاويل
اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتاويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج لكنه
لا يجدي ذلك طائلا اما اولا فلانه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى آخره بان هذا دفع لذلك السوال واما ثانيا فلانه لا مجال
لاخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السوال وادخاله في التعليل السابق لان التعليل المذكور قد تم بدون القول
المذكور والجواب عن ذلك السوال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى واما صاحب معراج الدراية وغيره من الشراح واما معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف
الى غير ذلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب عن ذلك السوال ولكن لم يتعرض احد منهم لبيان ركاكة التفريع فلمخلص ما ذكرنا
انه لو قال المص رح ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه سالما (وتاويل اشتراطها) اي اشتراط هذه
الحجج (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (ان القاضي يعلم انه) اي العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه
عليه) اي على القاضي (تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج) اي واحدة منها (لظهور التاريخ) اي لاجل ظهور التاريخ عنده حتى
يتبين له ان هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه (او كان عيبا) اشارة الى تاويل آخر اي او كان العيب الذي يريد المشتري
الرد به عيبا (لا يعرفه الا النساء) كالقرن في الفرج ونحوه (او الاطباء) اي او عيبا لا يعرفه الا الاطباء كالدق والسعال القديم (وقولهن)
اي قول النساء (وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة) للمشتري (لا في الرد) اي ليس بحجة في الرد على البائع (فيفتقر) اي
القاضي (اليها) اي الى الحجج المذكورة (في الرد) على البائع اقول في هذا التاويل نظر اذ على هذا لا يتم قول المص رح فيما مر آنفا فلم يكن

قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التاويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب اصل المسئلة ايضا اذ ينبغى حينئذ ان يكون الجواب فى الرد على المامور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب فى الرد عليه بعيب يحدث مثله فى صورة ان كان ذلك باقرار لانه لما لم يكن قول النساء او الاطباء حجة فى حق الرد بل كان القاضى فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله ايضا كان قضاؤه على المامور باقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المامور اليها فينبغى ان لا يتعدى الى الامر بعين ما ذكرنا فيما يحدث مثله فتامل ثم ان صاحب الكافى زاد ههنا تاويلا ثالثا وقدمه على التاويلين اللذين ذكرهما المص رح حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار ان يشتبه على القاضى ان هذا العيب قديم ام لا او علم انه لا يحدث فى مدة شهر مثلا ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن فى الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان ايضا اقول ذلك التاويل مما لا ارى له وجه صحة ههنا لان الكلام فى الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذى يشتبه على القاضى انه قديم ام لا مما يحدث مثله اذ لا شك ان المراد بما يحدث مثله ما يجوز ان يحدث مثله عند المشترى لا ما يتعين حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو حجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز ان يحدث مثله عند المشترى فالذى يشتبه انه قديم ام لا مما يجوز ان يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز ان يحدث مثله قديم البتة (حتى لو كان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج) اى القاضى (الى شئ منها) اى من تلك الحجج (وهو) اى الرد على الوكيل (رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة) مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل (قال وكذلك ان رده) اى وكذلك الحكم اذا رد المشترى العبد (عليه) اى على الوكيل (بعيب) اى بسبب عيب (يحدث مثله ببينة) متعلق برده اى رده عليه ببينة (او باباء يمين) او بالنكول من اليمين (لان البينة حجة مطلقة) اى كاملة فيتعدى كذا فى العناية وهو الظاهر وقيل اى مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا فى معراج الدراية اخذا من الكافى (والوكيل مضطر فى النكول) هذا جواب عن خلاف زفر رح فى اباء اليمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشترى الثانى وجد عيبا فرده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه فيجعل هذا والرد عليه باقراره سواء فى حق البائع فكذا فى حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) اى عن علم العيب (باعتبار عدم ممارسته المبيع) فانه لم يمارس احوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف ان يحلف كاذبا فينكل والموكل هو الذى اوقعه فى هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة (فيلزم الامر) اى فيلزم العبد الامر اى فيلزم حكم النكول الامر بخلاف ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو فى الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشترى الاول فانه مضطر الى النكول ولكن فى عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا فى المبسوط والفوائد الظهيرية (قال) اى محمد رح فى الجامع الصغير (فان كان ذلك) اى الرد على الوكيل (باقرار) اى باقراره (لزم المامور) اى لزم العبد المامور وهو الوكيل (لان الاقرار حجة قاصرة) فيظهر فى حق المقر دون غيره (وهو) اى المامور (غير مضطر اليه) اى الى الاقرار (لامكانه السكوت والنكول) برفع السكوت والنكول يعنى يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول (الا ان له ان يخاصم الموكل) يعنى لكن للوكيل ان يخاصم الموكل (فيلزمه ببينة او بنكوله) او بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار فلا فائدة فى المخاصمة ههنا اذا كان منكرا بخلاف الوكيل انتهى اقول ليس هذا بتام اذ يجوز ان يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة ان يجبره القاضى على القبول كما قالوا فى اقرار الوكيل على انه يجوز ان يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة فى المخاصمة ههنا اذا كان منكرا فتدبر



(بخلاف ما اذا كان الرد) اى الرد باقرار الوكيل (بغير قضاء) يعنى ان ما سبق من ان للوكيل ان يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضى (باقرار) واما اذا كان ذلك بغير قضاء (والعيب يحدث مثله) فيخالفه (حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه) يعنى الموكل (لانه) اى الرد بالاقرار والرضاء من غير قضاء (بيع جديد فى حق ثالث) وان كان فسخا فى حق المتعاقدين (والبائع) يعنى الموكل (ثالثهما) اى ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشترى قال صاحب غاية البيان وكان ينبغى ان يقول ان يخاصم موكله او يقول امره وكان ينبغى ايضا ان يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما او الآمر ثالثهما لان الكلام فى مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل ولم يقر عليه بامر قد حصل من جهته وكانه باعه اياه انتهى (والرد بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو ان يقال ينبغى ان لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل اصلا فيما اذا حصل الرد باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا فى حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ (لعموم ولاية القاضى) يعنى ان الرد بالقضاء لا يحتمل ان يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضى لان القاضى يرده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضى (غير ان الحجة قاصرة وهى الاقرار) يعنى لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهى الاقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) اى من حيث ان الرد بالقضاء فسخ (كان له) اى للوكيل (ان يخاصمه) اى مع الموكل (ومن حيث القصور فى الحجة) اى من حيث ان الاقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل الا بحجة) اى الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال فى النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لا محالة انتهى اقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل ان هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال فى النهاية انما هو فى اصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا اقر الوكيل بالبيع لم يبق هناك حاجة الى قضاء فمن اى وجه يتحقق القضاء حتى يترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل ان يقول ثبت العرش ثم انقش ثم ان صاحب العناية لم يتثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السوال واجاب عنه بان يقول يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضى كان جبرا عليه على القبول انتهى قد ذكرنا السوال والجواب فى اول المسئلة ولا يخفى ان ذلك الجواب حسن ووجيه فان فيه لمندوحة عن التوجيه الذى تمحل به المص رح فى باب خيار العيب فى مسئلة رد المشترى الثانى على المشترى الاول بعيب بقضاء القاضى باقرار او ببينة او باباء يمين حيث قال هناك ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغى ان يكون له ولاية الرد على الموكل كما فى الوكيل بالاجارة فانه اذا آجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة فى حق الموكل فكذا هذا قلنا من اصحابنا من قال لا فرق بينهما فى الحقيقة لان العقد عليه فى اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلفت بانهدام الدار كان فى ضمان الموجر فيكون نظير المبيع بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الامر فكذا فى الاجارة وقال شمس الائمة السرخسى وفى الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة فى حق احد لان على احد الطريقين الاجارة عقود متفرقة تتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد الا ان يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى ان يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ ليقام الدار مقام المنفعة كذا فى النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء) اى وكان الرد بغير قضاء (باقراره) اى باقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية) اى فى رواية كتاب البيوع من الاصل (لان الرد متعين) وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضى لو رفع الامر اليه فانه لو رفع الامر اليه فى عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة

الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال فى الكافى فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضى سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين
والرجوع فى الهبة (وفى عامة الروايات) اى عامة روايات المبسوط (ليس له) اى للوكيل (ان يخاصمه) يعنى لا يلزم الموكل
وليس للوكيل ان يخاصمه (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه بيع جديد فى حق ثالث (والحق) اى حق المشترى (فى وصف السلامة)
هذا جواب عن قوله فى رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعنى لا نسلم ان الرد متعين لان حق المشترى ثبت اولا فى الجزء الفائت
وهو وصف السلامة (ثم ينتقل) ضرورة العجز عن ذلك (الى الرد ثم) ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب او بحدوث زيادة فى المبيع
(الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد) فيما ذكر من المسائل الحق شعين لا يحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال
المص رح (وقد بيناه فى الكفاية باطول من هذا) يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهى شرح للبداية الفها المص ره قبل الهداية كما ذكره فى
الديباجة ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم يسمع ان احدا رآها قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان فى
شرح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال
لا يلزمه وكان له ان يخاصم انتهى اقول ولعمرى ان رتبته لا تحتمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما عده اقرب قول ثالث لا رواية
فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجرأة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضى احدى الروايتين البتة لا غير
كما لا يخفى على المتامل (قال) اى قال محمد رح فى الجامع الصغير (ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال
المامور امرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر) يعنى اذا اختلف الآمر والمامور فى اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك
ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور بل امرتنى ببيعه ولم يقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الآمر (لان الامر يستفاد من جهته)
اى من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان فى العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد اشار
اليه بقوله (ولا دلالة على الاطلاق) اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين على ان الاصل فى
عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لا يكون وكيلا ببيعه الا يرى
انه لو قال بغيره وكلتك بمالى او فى مالى لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله (قال) اى محمد رح فى الجامع الصغير
(وان اختلف فى ذلكم) اى فى الاطلاق والتقييد (المضارب ورب المال) فقال رب المال امرتك بالنقد وقال
المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئا (فالقول قول المضارب) قال صاحب العناية فى تصوير الاختلاف ههنا
فقال رب المال امرتك ان تعمل فى البر وقال المضارب دفعت الى المال مضاربة ولم تقل شيئا اقول هذا التصوير لا يطابق
المشروح هنا هو مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد رح عن يعقوب عن ابى حنيفة رح فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا
فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب اعطيتنى المال مضاربة ولم تقل شيئا قال القول قول المضارب
الذى اخذ المال انتهى لفظ محمد رح قال المص ره فى تعليل هذه المسئلة (لان الاصل فى المضاربة العموم) يعنى ان الامر وان
كان مستفادا من جهة رب المال الا ان فى العقد ما يخالف دعواه بناء على ان الاصل فى المضاربة العموم والاطلاق (الا ترى انه)
اى المضارب (يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة) يعنى ان المضاربة يصح عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما (فقامت دلالة
الاطلاق) اى فقامت دلالة الاطلاق فمن ادعى الاطلاق فى المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (بخلاف
ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع) اى فى نوع مسمى (والمضارب فى نوع آخر) اى وادعى المضارب المضاربة
فى نوع آخر (حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل) اى عقد المضاربة منزلة الوكالة



المحضة) وفيها القول للآمر اتفاقا ثم مطلق الامر بالبيع فى صورة الوكالة (ينتظمه) اى ينتظم البيع (نقدا ونسيئة الى اى اجل كان
متعارفا عند التجار فى تلك السلعة او غير متعارف فيها (عند ابى حنيفة ره وعندهما يتقيد باجل متعارف) حتى لو باع باجل غير
متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما (والوجه قد تقدم) من الجانبين قد تقدم فى مسئلة الوكيل بالبيع
فان ابا حنيفة رح عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب الغاية وكان الانسب ان يذكر مسئلة النسيئة فى اوائل الفصل عند قوله
والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما اشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم (قال) اى محمد رح فى الجامع الصغير (ومن
امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع) اى الرهن (فى يده او اخذ به) اى بالثمن (كفيلا فتوى المال عليه)
اى على الكفيل (فلا ضمان عليه) اى على المامور قال الكاكى فى معراج الدراية فلا ضمان عليه اى على الكفيل وتبعه اى الشارح العينى اقول
لا وجه له اصلا اذ الضمان على الكفيل امر متقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام فى عدم الضمان على الوكيل اذ هو محل الشبهة
فهو مورد البيان اى يرى الى قول المص ره فى تعليل المسئلة (لان الوكيل اصيل فى الحقوق) اى فى حقوق العقد (وقبض الثمن
منها) اى من الحقوق (والكفالة توثق به) اى بالثمن (والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء) اى لجانب استيفاء الثمن فقد
ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا موكدين لحق استيفاء الثمن (فيملكهما) اى فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن فى يده لم يضمن لان
استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث انه بدله اقيم مقامه ولو هلك الثمن فى يده هلك امانة فكذلك الرهن قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان
التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى
فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا كذا فى الشروح واعلم ان القول الثالث هو الذى
ذهب اليه صاحب الكافى حيث قال فتوى المال على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك
فيحكم براءة الاصيل فتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعى قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال فى التبيين وفى النهاية
المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين
وهذا كله ليس بشئ لان المراد ههنا توى مضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه لو لم ياخذ كفيلا ايضا لم يتو دينه كما فى الرهن والتوى الذى ذكره ههنا غير
مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ كفيلا ايضا التوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها
بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى مضاف
الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل
ان يكون القاضى مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا الى هنا كلامه فتامل (بخلاف الوكيل بقبض الدين) اذا اخذ بالدين رهنا
او كفيلا فانه لا يجوز (لانه) اى الوكيل بقبض الدين (يفعل نيابة) اى يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض
صح نهيه (وقد انابه فى قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن) فيقتصر على قدر المامور به دون غيره (والوكيل بالبيع
يقبض) اى يقبض الثمن (اصالة) لا نيابة (ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه) اى عن قبض الثمن فينزل الوكيل
فى ذلك منزلة المالك والمالك لو اخذه بالثمن رهنا او اخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

**فصل** لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما كذا فى الشروح قال فى غاية
البيان بعد ذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة الا ان يقال يفهم ههنا شئ آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق
والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا حسن انتهى (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون

الآخر) هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدي او بخلع امرأتي واما اذا وكلهما بكلامين
كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به
ايضا فايهما باع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما في عقد
على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في اصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم
الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا انفرد كل واحد منهما بالعقد استبد به كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المص ره (وهذا) اي
الحكم المذكور في مختصر القدوري وهو عدم جواز تصرف احد الوكيلين دون الآخر (في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع
والخلع وغير ذلك) اقول فيه شيء وهو انه لو كان هذا الذي ذكره القدوري في مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه الى الرأي لما احتاج الى
استثناء امور اربعة من الامور الخمسة التي استثني التوكيل بها من الحكم المذكور وهي ما سوى الخصومة لانها مما لا يحتاج فيه الى الرأي كما سيأتي التصريح به من
المص ره ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور الخمسة في الاستثناء بكلمة واحدة لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة
ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول ان صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة و
المجاز فالاظهر ان كلام القدوري ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الرأي وما يحتاج فيه الى الرأي ولكن يتعذر
الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت ليس مراد المص ره ان كلام القدوري
ههنا مقيد بما ذكره المص ره قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه
قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتي ان يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا اخص
مما ذكره المص ره فبيان المعنى ههنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدي كثير طائل كما لا يخفى (وقال
المص ره في تعليل اصل المسئلة (لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما) اولا ينال برأي احدهما ما ينال برأيهما حتى ان رجلا لو وكل
رجلين ببيع او شراء فباع احدهما او اشترى والآخر حاضر لم يجز الا ان يجيز الآخر وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما والآخر
حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجاز لم يجزه في قول ابي حنيفة رح كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط لو وكل رجلين ببيع شيء واحدهما
عبد محجور او صبي لم يجز للآخر ان ينفرد ببيعه لانه ما رضي ببيعه وحده حين ضم اليه رأي الآخر ولو كان حرين فباع احدهما والآخر حاضر فاجازه
كان جائزا الا ان تمام العقد برأيهما ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يكن للآخر ان يبيعه وحده لانه ما رضي برأيه وحده (والبدل
وان كان مقدرا) هذا جواب شبهة وهي انه اذا قدر الموكل البدل في البيع ونحوه فلا يحتاج الى الرأي فينبغي ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك
كما في التوكيل بالاعتاق بغير عوض فاجاب عنها (او البدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة
واختيار المشتري) يعني ان تقدير البدل انما يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وهدايته دون الآخر
فيحتاج الى رأيهما من هذه الحيثية وكذا يختار احدهما المشتري الذي لا يماطل في الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية ايضا
(قال) اي القدوري في مختصره (الا ان يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني
ان احد الوكيلين [illegible] التصرف بانفراده الا في الخصومة فانه لو خاصم احدهما دون الآخر جاز وذكر في الفوائد الظهيرية فاذا انفرد احدهما بالخصومة
هل يشترط حضرة صاحبه في خصومته بعض مشايخنا قالوا يشترط وبعض مشايخنا على انه لا يشترط واطلاق محمد رح يدل على هذا قال المص ره
في تعليل ما في الكتاب (لان الاجتماع فيها) اي في الخصومة (متعذر للافضاء الى الشغب) الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال
شغب بالتحريك كذا في الصحاح (في مجلس القضاء) ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق



وبالشغب لا يحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة احدهما (والرأي
يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة) اشارة الى دفع قول زفر رح فانه قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه فان الخصومة يحتاج
فيها الى الرأي والموكل انما رضي برأيهما ووجه الدفع ان المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل بتقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك (قال)
اي القدوري في مختصره (او بطلاق زوجته بغير عوض) هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة اي وان يوكلهما
بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما ان يطلقها بانفراده (او بعتق عبده بغير عوض) اي وان يوكلهما بعتق عبده بغير عوض
فان لاحدهما ان يعتقه وحده (او برد وديعة عنده) اي وان يوكلهما برد وديعة فان لاحدهما ان يردها منفردا قيد بردها اذ لو وكلهما
بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما ان ينفرد بالقبض صرح به في الذخيرة فقال قال محمد رح في الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض
احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض
احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغي ان يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض
النصف قلنا كل واحد منهما مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه واما في حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه انتهى وذكر صاحب
العناية مضمون ما في الذخيرة ههنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وهو ان هذا انما يتم فيما
يقسم عند ابي حنيفة رح على ما سيجيء في الوديعة انتهى اقول ليس كلامه بشيء اذ منشأه الغفول عن قيد الاذن فان الذي سيجيء في الوديعة هو انه
ان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم
جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لاحدهما ان يحفظه باذن الآخر في الوجهين انتهى ولا يخفى ان المفهوم عنه
ان لا يجوز حفظ احدهما للكل بلا اذن صاحبه في الوجهين معا بلا خلاف فان لا يجوز ذلك باذن الآخر ايضا فيما يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما وما ذكر في الذخيرة وفي العناية انما هو فيما اذا قبض احدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام في الوجهين معا بالاتفاق (او بقضاء
دين عليه) اي وان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه ايضا (لان هذه الاشياء) يعني الطلاق بغير عوض والعتاق
بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين (لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو) اي بل اداء الوكالة فيها (تعبير محض) اي تعبير محض لكلام
الموكل (وعبارة المثنى والواحد سواء) لعدم الاختلاف في المعنى (وهذا) اي جواز انفراد احدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها
ان شئتما او قال امرها بايديكما) حيث لا يجوز انفراد احدهما في هاتين الصورتين (لانه) اي لان ما قاله لهما فيهما (تفويض الى رأيهما)
فلا بد من اجتماعهما ونور ذلك بقوله (الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر في باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار
التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال
حق الآمر اذ بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال ههنا ضمني فلا يعتبر واجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى
الاجتماع وقال بعض الفضلاء قوله الا ترى لانه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك ايضا كما سبق في باب الاختلاف
في الشهادة لا تدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا انتهى اقول جميع مقدمات دليله على النقض سقيم اما قوله فانه تمليك ايضا فانه خلاف
المقرر لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك وقد صرح به المص ره في باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال
لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي
نفسك لانها عاملة لنفسها فصار تمليكا لا توكيلا انتهى واما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله
واما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به الا ترى الى قول المص رح في اول فصل الاختيار من باب تفويض

الطلاق ولانه تمليك لفصل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع انتهى والى قوله في اواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب و
التمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولانه) اى الامر (علق الطلاق بفعلها) اى بفعل المامورين (فاعتبره) صيغة امر من الاعتبار
(بدخولها) اى فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين اى بدخولهما الدار مثلا يعني يشترط ثمه لوقوع الطلاق
بدخول الرجلين اى بدخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك هنا لا يقع الطلاق
مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الى رائهما
راجع اليهما والى قوله امرها بايديكما وقد تبعه في جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح
به كصاحب العناية حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من اظهره في اثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان
وغيره حيث قالوا بعده وبيان قول المص ره فاعتبره بدخولها حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا يطلق بما لم يوجد الدخول منهما جميعا
فكذا هنا في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا اقول وانا لا ارى باسا في ابقاء كلام المص ره ههنا على ظاهر
حاله وهو ان يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد
ايضا في صورة ان قال لهما امركما بايديكما وقد صرح المص ره في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى
التعليق وقال الشارح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم اخصص قوله ولانه
علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما بل شرعته بوجه يعم الصورتين معا كما رايته (قال) اى القدوري في مختصره
(وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه) اى الموكل (فوض اليه) اى الى الوكيل (التصرف) اى التصرف الذي فيما وكل به
(دون التوكيل به) اى لم يفوض اليه التفويض بذلك التصرف فلا يملكه (وهذا) اى عدم جواز التوكيل للوكيل فيما وكل به (لانه) اى لعل
ان الموكل (رضي برايه) اى براى الوكيل (والناس متفاوتون في الآراء) فلا يكون الرضى برايه رضا براي غيره فيكون الوكيل في
توكيل الغير مباشرا غير ما امر به الموكل فلا يجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين ولا ماجاز
التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى من الاول وايضا الرضى براي الوكيل او رد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن
اقوى رايا او قوة في راى الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برائه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة في القوة في الراى لما
يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالراى والتصرف في الامور ولم ياذن له بالتوكيل كان الظاهر
من حاله انه ظن ان لا ثمه من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى اقول الجواب الذي ذكره انما يدفع الوجه
الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا ان رد توكيله ايضا
مناقض لرضى الموكل براى الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فما الرجحان في اثبات هذا التناقض على ذلك التناقض ثم اقول في الجواب
من الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي براى الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع او الشراء او الاجارة او نحو ذلك والتوكيل
ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل براى الوكيل في التوكيل وبرائه
مطلقا ولهذا اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل برايك يجوز توكيله كما سياتي واعترض بعض الفضلاء على قول المص ره
لانه رضي برائه والناس متفاوتون في الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الراى والمدعى عام لغيره ايضا اقول اصل الدليل انه رضي بفعل
دون فعل غيره والناس متفاوتون في الافعال فيعم جميع المدعى الا انه اخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضي برائه والناس
متفاوتون في الآراء (قال) اى القدوري في مختصره (الا ان ياذن له الموكل) استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به



فانه اذا اذن له في ذلك يجوز ان يوكل غيره (لوجود الرضا) اى لوجود الرضى حينئذ براى غيره ايضا (او يقول له) عطف على باذن له الموكل
اى او الا ان يقول للوكيل (اعمل برايك) فيجوز ايضا ان يوكل غيره (لاطلاق التفويض الى رايه) اى الى راى الوكيل فيدخل
توكيله الغير تحت الاجازة قال المص ره (واذا جاز في هذا الوجه) اى لو اجاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بان
باذن له الموكل او يقول له اعمل برايك فوكل غيره (يكون الثاني) اى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل) لا عن الوكيل الاول
(حتى لا يملك الاول) اى الوكيل الاول (عزله) اى عزل الوكيل الثاني (ولا ينعزل) اى الوكيل الثاني (بموته) اى بموت الوكيل الاول
(وينعزلان) اى الوكيل الاول والوكيل الثاني (بموت الاول) اى بموت الموكل الاول (وقد مر نظيره في ادب القاضي) وهو
ما ذكره في فصل آخر قبيل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال واذا فوض اليه يملكه فيصير
الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله اقول والعجب من الشراح ههنا سيما من فحولهم كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب
معراج الدراية انهم قالوا في بيان ما مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس القاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض
اليه ذلك الى ان قال ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة فتحموا الكلام في قوله كما في الوكالة مع
ان نظير ما ذكره المص ره ههنا انما هو ما تركوه وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكروه واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك
الاول عزله وكانهم انما اغتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سياتي من انه ان وكل بغير
اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى بقي ههنا بحث وهو ان قول المص ره حتى لا يملك الاول عزله ظاهر في صورة
ان ياذن له الموكل في التوكيل لان الاذن له في ذلك لا يقتضي الاذن له في العزل ايضا واما في صورة ان يقال له اعمل برايك فهو مشكل لانهم
صرحوا بان قوله اعمل برايك بتوكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره واما اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ
ينبغي ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني ايضا بعموم وكالته عن الموكل الاول وبكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له كما ان للقاضي
ان يستخلف على القضاء وان يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل عن قبل الخليفة على ما عرف في محله ويؤيد هذا ما ذكره الامام قاضيخان
في فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ويكون الوكيل
الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول او عزل او جن او ارتد او لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات
الموكل الاول او جن او ارتد او لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الموكل الاول رضي بصنيع
الاول وعزل الاول الثاني من صنيع الاول الى هنا كلامه ولا يخفى ان الموكل الاول فيما نحن فيه ايضا رضي بجميع توكيل الاول برايه وان عمل
الوكيل الاول الثاني من عمله برايه فينبغي ان يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل دونه خرط القتاد (قال) اى القدوري في مختصره (فان وكل) اى
الوكيل (بغير اذن موكله فعقد وكيله) اى وكيل الوكيل (بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (جاز) اى جاز العقد (لان المقصود)
اى مقصود الموكل الاول (حضور راى الاول) اى حضور راى الوكيل الاول (وقد حضر) اى وقد حضر رايه في الصورة المذكورة
فحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف
هناك بمجرد حضرة صاحبه بل لابد من الاجازة صريحا كما ذكر في الذخيرة والمبسوط قلت ما ذكر في الجامع الصغير من ان عقد وكيل الوكيل جاز عند
حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثاني لا مطلق الحضرة هكذا ذكر في الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله
قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في
موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز حكى

عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز وكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشائخ وهذا لان توكيل التوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة لبيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى اجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلتين روايتين وجه رواية الجواز من غير اجازة الاول ان بيع الثاني حال غيبة الاول انما لا يصح لتعري العقد عن راي الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد راي الاول وعلى هذا احد وكيلي البيع والاجارة اذا امر صاحبه بالبيع او الاجارة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير اجازته انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السوال والجواب وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رح فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضرة لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فانه معارض بان المقصود هو الراي وقد حضره كما ذكرنا انتهى واجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد رح حيث قال انت خبير بان قوله فاجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كان العبارة واجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى اقول وفيه نظر لانه يجوز ان يكون الفاء في قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكر في موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه اعني قوله والوكيل الاول حاضر او غائب اذ قد تقرر في محله ان العطف على مقيد بشيء انما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما في قولنا يوم الجمعة ضربت وضربت زيدا وقولنا ان جئتني اعطك واكسك واما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه ان يتقيد المعطوف بقيدي المعطوف عليه بل جاز ان يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط الصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط الصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المص ره (وتكلموا في حقوقه) اي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشائخ فيه قال الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ انسب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا في الملتقط وقال في الذخيرة ثم اذا باع او اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكره محمد رح هذا الفصل في الجامع الصغير وذكر البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع على الاول وفي حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني انتهى وقال في فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل ان الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى (وان عقد) اي الوكيل الثاني (في حال غيبته) اي في حال غيبة الوكيل الاول (لم يجز) اي لم يجز العقد لانه فات رايه اي راي الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رايه (الا ان يبلغه) اي الا ان يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الاول (فيجيزه) اي فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رايه (وكذا لو باع غير الوكيل) اي وكذا يجوز لو باع الاجنبي (فبلغه)



اي فبلغ خبر البيع الوكيل (فاجازه) اي فاجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لانه حضر رايه) باجازته (ولو قدر الاول) اي الوكيل الاول (الثمن) اي ثمن ما امر ببيعه (للثاني) اي للوكيل الثاني الذي وكله بغير اذن موكله بان قال له بعه بكذا (فعقد بغيبته) اي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدار بغيبة الاول (يجوز) اي العقد (لان الراي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا) انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سياتي بيانه (وقد حصل) اي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالراي واعلم ان هذه رواية كتاب الرهن اختارها المص ره وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين كذا في الكافي والنهاية قال المص ره (وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن) فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار (لانه لما فوض اليهما) اي لان الموكل لما فوض الراي الى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن (على ما بيناه) اشارة الى قوله فيما مر والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري (اما اذا لم يقدر) اي الموكل (الثمن وفوض الى الاول) اي وفوض الراي الى الوكيل الاول (كان غرضه) اي غرض الموكل (رايه) اي راي الوكيل الاول (في معظم الامر) اي معظم امر عقد البيع (وهو التقدير في الثمن) وذلك لان المقصود من المبايعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالة ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات المبايعات ومعظمات امورها ايضا كما اشار اليه المص ره فيما مر بقوله والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري فكيف يتم ان يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير (واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع) اي او باع واحد منهم (او اشترى لها) اي للصغيرة الموصوفة المذكورة (لم يجز) اي لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة قال المص ره (معناه) اي معنى قول محمد رح او باع او اشترى لها (التصرف في مالها) اي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع او الشراء وانما احتاج الى هذا التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل معنيين احدهما ان يشتري لها شيئا من مال نفسه والآخر ان يشتري لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا محالة كان المراد ههنا هو الثاني (وقال في تعليل المسئلة (لان الرق والكفر يقطعان الولاية) يعني ان التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق في العبد والمكاتب والكفر في الذمي يقطعان الولاية (الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره) يعني اذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة (وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم) لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (حتى لا تقبل شهادته) اي شهادة الكافر (عليه) اي على المسلم (ولان هذه) اي هذه الولاية (ولاية نظرية) اي ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) اي من تفويض هذه الاربعة الولاية (الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة (والرق يزيل القدرة) قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء (والكفر يقطع الشفقة على المسلم) كما لا يخفى (فلا تفوض اليهما) اي فلا تفويض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة اصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد اقول وان لم ار نسخة الى العاقد قط ولم اجد لها وجها ههنا اذ لا يوجد حينئذ لقول المص ره والرق يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن (وقال ابو يوسف ومحمد رح والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) اي لا يجوز تصرفها على ولدها المسلم وماله قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع ان هذا الحكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على

قولہما لان تصرفات المرتد بالبیع والشراء ونحوہما نافذۃ وان تمیل علی الردۃ عندہما بناء علی الملک وقدرتہ کالمسلم فی تصرفاتہ علی ولدہ و مال ولدہ فانہا موقوفۃ بالاجماع اقول قد اورج فی قولہما الحربی ایضا والعذر الذی ذکروہ لا یجری فیہ قطعا ولا یتم (لان الحربی وان کان مستامنا (ابعد من الذمی) لان الذی صار منا دارا وان لم تصر منا دینا وقد تحقق منہ ما ہو خلف عن الاسلام وہو الجزیۃ بخلاف الحربی فانہ لم یتحقق فی حقہ شئی من الاصل والخلف (فاولی بسلب الولایۃ) ای فالحربی اولی بسلب الولایۃ یعنی اذا سلبت ولایۃ الذمی کما عرفت فالحربی اولی بسلبہا (واما المرتد فتصرفہ فی مالہ ان کان نافذا) ای وان کان نافذا (عندہما) ای عند ابی یوسف ومحمد رحمہما اللہ (لکنہ) ای لکن تصرفہ (موقوف) ای موقوف علی اسلامہ ان اسلم صح وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطل (علی ولدہ ومال ولدہ) متعلق بما یرجع الیہ ضمیر لکنہ وہو التصرف بمال الولایۃ یعنی لکن تصرفہ ای ولایتہ علی ولدہ ومال ولدہ موقوف علی اسلامہ (بالاجماع) متعلق بقولہ موقوف اقول لا یخفی علی من لہ فطرۃ سلیمۃ ووقوف علی العربیۃ ومسائل المرتد ان فی کلام المص رہ ہہنا تعقیدا قبیحا واحتیاجا الی بیان معناہ بالوجہ الذی شرحناہ بہ وانا اتعجب من الشراح کیف لم یتعرضوا لاصلاح تقییدہم بکثیر من الامور الجزئیۃ الہینۃ فی مواضع شتی فحق العبارۃ ہہنا ما ذکرہ صاحب الکافی حیث قال واما المرتد فان ولایتہ علی اولادہ واموالہم موقوفۃ بالاجماع (لانہا) ای لان ولایۃ الاب علی ولدہ ومال ولدہ (ولایۃ نظریۃ وذلک) ای الولایۃ النظریۃ بتاویل المذکور او بان استعمال ذلک مشترک (باتفاق الملۃ) ای بسبب اتفاق الملۃ من الاب والولد (وہی) ای الملۃ (مترددۃ) فی حق المرتد لکونہا (معدومۃ) فی الحال لکنہا مرجو للوجود لان المرتد مجبور علیہا فیجب التوقف (ثم تستقر جہۃ الانقطاع اذا قتل علی الردۃ فیبطل) ای تصرفہ (و بالاسلام) ای بالعود الی الاسلام (یجعل) ای المرتد (کانہ لم یزل کان مسلما فیصح) ای تصرفہ اقول بقی فی ہذا المقام شئی وہو ان ما ذکرہ من قولہ واذا وکل المکاتب او العبد او الذمی ابنتہ الی ہہنا لیس من مسائل الوکالۃ قط وقد ذکرہ مرۃ فی باب الاولیاء والاکفاء من کتاب النکاح حیث قال فیہ ولا ولایۃ لعبد ولا صغیر ولا مجنون لانہ لا ولایۃ لہم علی انفسہم فاولی ان لا یثبت علی غیرہم ولان ہذہ ولایۃ نظریۃ ولا نظر فی التفویض الی ہؤلاء ولا ولایۃ لکافر علی مسلمۃ لقولہ تعالی ولن یجعل اللہ للکافرین علی المؤمنین سبیلا ولہذا لا تقبل شہادتہ علیہ ولا یتوارثان انتہی فذکرہ مرۃ اخری ہہنا فی کتاب الوکالۃ بعید المناسبۃ

## باب الوکالۃ بالخصومۃ والقبض

اخر الوکالۃ بالخصومۃ عن الوکالۃ بالبیع والشراء لان الخصومۃ تقع باعتبار ما یجب استیفاؤہ ممن ہو فی ذمتہ وذلک فی الاغلب یکون بمطالبۃ المبیع او الثمن او لانہا مہجورۃ شرعا فاستحقت التاخیر عما لیس بمہجور کذا فی العنایۃ وذکر الوجہ الثانی فی سائر الشروح ایضا و اعترض علیہ بعض الفضلاء حیث قال فیہ بحث لانا لا نسلم ذلک کیف وقد وقعت من رسول اللہ صلی اللہ علیہ وآلہ وسلم والصحابۃ رضی اللہ تعالی عنہم والنظر الی تفسیر الخصومۃ ہل فیہ ما یوجب ہجرہا انتہی اقول ہذا ساقط جدا لان المراد ان الخصومۃ بحقیقتہا وہی المنازعۃ مہجورۃ شرعا لقولہ تعالی ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الاشراف باعتبار کونہا مجازا عن جواب الخصم بنعم او لا کما سیاتی بحثہ عن قریب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصریح بہ ہہنا ایضا فی عبارۃ کثیر من الشراح حیث قالوا لما کانت الخصومۃ مہجورۃ شرعا لقولہ تعالی ولا تنازعوا فتفشلوا حتی ترکت حقیقتہا الی مطلق الجواب مجازا اخر ذکر الوکالۃ بالخصومۃ عما لیس بمہجور شرعا بل ہو مقرر علی حقیقتہ (قال) ای القدوری فی مختصرہ (الوکیل بالخصومۃ وکیل بالقبض) اطلق کلامہ فی روایۃ لیتناول الوکیل بالخصومۃ فی العین والدین جمیعا فان الامام المحبوبی قد ذکر ان الوکیل بالخصومۃ فی العین والدین جمیعا وکیل بالقبض (عندنا) ای عند علمائنا الثلثۃ کذا فی النہایۃ ومعراج الدرایۃ (خلافا لزفر رح) فانہ یقول الوکیل بالخصومۃ لا یکون وکیلا بالقبض وبہ قال الشافعی رح فی الاظہر و



مالک واحمد وعن الشافعی رح فی وجہ انہ یملک القبض کما قلنا (وہو) ای زفر رح (یقول انہ رضی) ای الموکل (بخصومتہ) ای بخصومۃ الوکیل (والقبض غیر الخصومۃ) لان الخصومۃ قول یستعمل فی اظہار الحقوق والقبض فعل حسی (ولم یرض بہ) ای ولم یرض الموکل بالقبض ای بکونہ للخصومۃ فی العادۃ الی الناس وللقبض امین الناس فمن یصلح للخصومۃ لا یرضی بامانتہ عادۃ (ولنا ان من ملک شیئا ملک اتمامہ وتمام الخصومۃ وانتہاؤہا بالقبض) یعنی ان الوکیل بالشئی مامور باتمام ذلک الشئی واتمام الخصومۃ یکون بالقبض لان الخصومۃ باقیۃ ما لم یقبض وذلک لانہ ما لم یقبضہ یتوہم علیہ الانکار بعد ذلک والمطل ویحتاج الی المرافعۃ باثبات الخصومۃ فلما وکلہ بفصلہا والفصل بالقبض دخل تحتہ ضمنا کذا قررہ صاحب النہایۃ وعزاہ الی المبسوط والاسرار واقتفی اثرہ صاحب معراج الدرایۃ فی تقریرہ ولنا ان الوکیل ما دام وکیلا یجب علیہ القیام بما امر بہ وقد امر بالخصومۃ والخصومۃ لا تتم الا بالقبض لتوہم الانکار بعد ذلک وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضی او غیرہ والمطل والافلاس وما لا یتم الواجب الا بہ فہو واجب انتہی واعترض علیہ بعض الفضلاء بان قولہ ولنا ان الوکیل ما دام وکیلا یجب علیہ القیام بالامر بہ مخالف لما سبقہ فی اوائل کتاب الوکالۃ من قولہ وحکم الوکالۃ جواز مباشرۃ الوکیل ما فوض الیہ اقول لیس ہذا بشئی فان منشاہ الغفلۃ عن فائدۃ قولہ ما دام وکیلا فی قولہ ان الوکیل ما دام وکیلا یجب علیہ القیام بما امر بہ اذ لا شک ان الوکیل ما دام ثابتا علی وکالتہ یجب علیہ اذا ما امر بہ والا یلزم تقریر الآمر وہو ممنوع شرعا ومعنی ما ذکرہ فی اول کتاب الوکالۃ ان الوکالۃ عقد جائز غیر لازم فحکمہا جواز ان یباشر الوکیل ما فوض الیہ وان لا یباشرہ بشرط عزل الموکل ایاہ او عزل الوکیل نفسہ واعلامہ الموکل ثم رد علیہ ایضا ذلک البعض فی قولہ والخصومۃ لا تتم الا بالقبض بانہ ان ارید بقبض الوکیل فغیر مسلم وان ارید ما یعمہ وقبض الموکل مسلم ولکن لا یترتب علیہ مطلوبہ اقول المراد بذلک قبض الوکیل او الموکل ویترتب علیہ مطلوبہ قطعا بمقتضی مقدمتہ القائلۃ وما لا یتم الواجب الا بہ فہو واجب لانہ لما فوض الموکل الخصومۃ الی الوکیل والتزم الوکیل اقامتہا دخل فی ضمن ذلک ما لا یتم الخصومۃ الا بہ وہو القبض فملکہ الوکیل قطعا ووجب علیہ القیام بہ ما دام علی وکالتہ (والفتوی الیوم علی قول زفر رح لظہور الخیانۃ فی الوکلاء وقد یؤتمن علی الخصومۃ من لا یؤتمن علی المال) ومشائخ بلخ افتوا بقول زفر رح لان التوکیل بالقبض غیر ثابت نصا ولا دلالۃ اما نصا فظاہر واما دلالۃ فلان الانسان قد یوکل غیرہ بالخصومۃ والتقاضی ولا یرضی بامانتہ وقبضہ وبہ افتی الصدر الشہید ایضا کذا ذکرہ الامام المحبوبی فی جامعہ وذکر فی الشروح ایضا الا ان صاحب العنایۃ قال بعد ذکر ذلک وفیہ نظر فان الدلالۃ قد وقعت بما ذکرنا ان ما لا یتم الواجب الا بہ فہو واجب قال المص رہ (ونظیرہ) ای نظیر الوکیل بالخصومۃ (الوکیل بالتقاضی) فانہ (یملک القبض علی اصل الروایۃ) وہو روایۃ الاصل (لانہ فی معناہ وضعا) ای لان التقاضی فی معنی القبض من حیث الوضع وعن ہذا قال فی الاساس تقاضیتہ دینی وبدینی واقتضیتہ دینی واقتضیت منہ حقی ای اخذتہ وقال فی القاموس وتقاضاہ الدین قبضہ منہ ثم ان صاحب غایۃ البیان بعد ان فسر قول المص رہ لانہ فی معناہ وضعا بقولہ ای لان التقاضی فی معنی القبض قال فیہ نظر لانہ قال فی المغرب تقاضیتہ دینی وتقاضیتہ بدینی واستقضیتہ طلبت قضاءہ واقتضیت منہ حقی اخذتہ وقال الشارح العینی بعد نقل النظر المذکور عنہ قلت لم اور وجہ النظر فیہ لانہ لم یقل التقاضی ہو القبض بل قال فی معنی القبض اقول بل لا وجہ لما قال لان وجہ النظر ہو ان المفہوم مما فی المغرب کون التقاضی فی اللغۃ یعنی طلب القضاء لا بمعنی القبض کما ذکرہ المص رہ ولا یدفعہ قولہ لانہ لم یقل التقاضی ہو القبض بل قال فی معنی القبض اذ لا شک ان معنی قولہ انہ فی معناہ وضعا انہما متحدان معنی من حیث الوضع فی اصل اللغۃ ولو کان معنی التقاضی فی اللغۃ طلب القضاء لا غیر لم یتحقق ذلک الاتحاد فلم یکن فی معنی القبض قطعا ثم اقول فی الجواب عن النظر المذکور لعل صاحب المغرب فسر التقاضی بطلب القضاء الذی ہو المعنی العرفی للفظ التقاضی لکونہ غالبا علی معناہ الوضعی الاصلی کما ستعرفہ فلا یکون مخالفا لما ذکرہ المصنف رہ وما صرح عامۃ ثقات ارباب اللغۃ فی کتبہم المعتبرۃ من کون معنی التقاضی ہو الاخذ والقبض بناء علی اصل الوضع ویرشد الیہ انہ فرق بین التقاضی

والتقاضي فيفسر الاقتضاء بالاخذ على اصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما في اصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفا عن الاساس وصرح به الجوهري في صحاحه حيث قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى انتهى (الا ان العرف بخلافه) اي بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة (وهو) اي العرف (قاض على الوضع) اي راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع افهام الناس اليه (والفتوى على ان لا يملك) يعني فتوى المشائخ اليوم على ان لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رح والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض انتهى كلامه اقول لا النظر شيئ ولا الجواب اما الاول فلان الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشائخ كالامام فخر الاسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما قال في المحيط البرهاني الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة هكذا ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه واما الثاني فلان كون الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف اصل مقرر عند ابي حنيفة رح لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المص ره وهو قاض على الوضع على اصل ابي حنيفة رح قطعا ولم يكن للمشائخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه ولم يلزم حينئذ ترك اصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على اصله الكلي وان جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية لا يقال يجوز ان يكون مدار قول المص ره ومدار فتواهم على اصل ابي يوسف ومحمد رح فان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب ان لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة الا يرى الى قول محمد رح في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة ولو كان لاصلنا المذكور تاثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على ان المجاز المتعارف انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة الاكل من الحنطة انتهى ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشية لاصلهما المذكور ههنا راسا فلا مجال لان يجعل مدار الصحة قول المص ره وفتوى المشائخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا في حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في اصل الرواية واما اليوم فلما ظهر الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان جعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة افتى مشائخنا المتاخرون بان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار اصلا (قال) محمد رح في الجامع الصغير (فان كانا) اي الرجلان (وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) اي لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين (لانه) اي الموكل (رضي بامانتهما لا بامانة احدهما) وحده (واجتماعهما ممكن) اي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا وانما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا (على ما مر) اشار به الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء (قال) اي القدوري في مختصره (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح) قيد بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ما سيجيئ والكلام فيه يرجع الى اصله وهو ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في وكيل المسئلة ونقل في الفتاوى الصغرى عن فقود



شيخ الاسلام خواهر زاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المص ره اراد ان يبين ثمرة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة فقال (حتى لو اقيمت عليه) اي على الوكيل بقبض الدين (البينة على استيفاء الموكل) اي على استيفاء الدين من المديون (او ابرائه) اي او على ابراء الموكل المديون عن الدين (تقبل عنده) اي تقبل البينة عند ابي حنيفة رح وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين واراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة على الدين هل يقبل بينته على قول ابي حنيفة رح يقبل وعلى قولهما لا يقبل (وقالا لا يكون خصما) اي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما (وهو) اي قولهما (رواية الحسن عن ابي حنيفة رح) وبه قال الشافعي رح في الاصح واحمد رح في ظاهر الرواية (لان قبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا بها) اي بالخصومة (ولابي حنيفة رح انه) اي الموكل (وكله بالتملك) اي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا (لان الديون تقضى بامثالها) لا باعيانها اذ قبض الدين نفسه) اي قبض نفس الدين (لا يتصور) لانه وصف ثابت في ذمة من عليه (الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني ان الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما اجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح هذا المقام واما صاحب العناية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل انتهى اقول فيه بحث اذ لمانع ان يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير ان لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد افصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني فلان اليك يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني فصح ما ادعيناه انه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المزبورين وقال كذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول ابي حنيفة رح فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم انتهى اقول ليس ذلك بسديد اذ ليس المراد ان الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد انه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين وهو وكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب (فاشبه) اي الوكيل بقبض الدين (الوكيل باخذ الشفعة) يعني انه اشبهه في كونه خصما فانه اذا اقام المشتري البينة على الوكيل باخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة يقبل (والرجوع في الهبة) بالجر عطف على اخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا اقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل اخذ من الواهب العوض تقبل (والوكيل بالشراء) [illegible] على الوكيل

اي فاشبه ايضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة (والقسمة) بالجر عطف (على الشراء) اي فاشبه ايضا الوكيل بالقسمة فان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة انه باع الموكل قبض نصيبه فانها تقبل (والرد بالعيب) بالجر عطف على الشراء ايضا اي فاشبه ايضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل (وهذه) اي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين (اشبه باخذ الشفعة) اي اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير واعلم ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المص ره هذا وتبيين المراد بالمفضل عليه ههنا فقال صاحب النهاية اي الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان ايضا لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب الغاية قالوا في شرح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة اي مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة من المسائل الثلث الآخر وعلل ذلك بان في هذه المسائل مالم توجد المبادلة لاتثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني ايضا ولكن لم يعينوا تلك الثلث الآخر من بين المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل باخذ الشفعة ثم ان المص ره بين وجه الاشبهية بقوله (حتى يكون خصما قبل القبض) اي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند ابي حنيفة رح قبل قبض الدين (كما يكون) اي كما يكون الوكيل (خصما قبل الاخذ) اي قبل اخذ العقار (هنالك) اي في التوكيل باخذ الشفعة (والوكيل بالشراء لايكون خصما قبل مباشرة الشراء) فان قلت اقول لا نزاع لهم عليكم لان تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر ههنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه في قوله فيما مر وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واخترناه ايضا في شرحنا هنالك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهو ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة لما وكل به في المسائل الاربع الباقية ايضا لايظهر لتخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه اياها فقط وجه وان كان خصما قبل ذلك في تلك المسائل ايضا كما هو الظاهر سيما في مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لاشك ان الشريك الآخر لو اقام البينة قبل ان يقسم الوكيل بالقسمة فادعى على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لايظهر لتخصيص اشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل باخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ اشبه بتلك المسائل ايضا من الوكيل بالشراء فتامل (وهذا) اشارة الى مطلع نكتة ابي حنيفة رح بقوله انه وكله بالتملك (لان المبادلة تقتضي حقوقا) كالتسليم والتسلم وغير ذلك (وهو) اي الوكيل بالتملك (اصيل فيها) اي في الحقوق (فيكون خصما فيها) اي في الحقوق يعني كان الموكل امر الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كذا في النهاية واكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه ما تقدم به دليل ابي حنيفة رح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق انتهى فيملك الاختيار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المص ره ههنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل هي من موكله فكيف يكون الوكيل اصيلا في حقوقها وقال فان قيل المبادلة في التملك باخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء لان تعلق بعض الحقوق بشيء قبل وقوعه ليس بعزيز الا يرى ان حق الخصومة تثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوعه ليس بعزيز الا يرى ان حق الخصومة تثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد اشار اليه المص ره بقوله وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون



خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك ثم ان التحقيق ان قبض الدين وان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بامثالها الا انه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فاشبه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل وبشبهه باخذ عين الحق جاز الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال لايقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض لانا نقول انما لايلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه لان من الديون ما لايجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لايلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما انتهى (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاجماع) اي باتفاق اصحابنا والشافعي واحمد فيه قولان كما في قبض الدين (لانه) اي لان الوكيل بقبض العين (امين محض) حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل (والقبض) اي قبض العين (ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له) اي الموكل (فاقام الذي هو في يديه) اي فاقام ذو اليد (البينة على ان الموكل باعه) اي باع العبد (اياه) اي ذا اليد (وقف الامر حتى يحضر الغائب) اي الموكل (وهذا) اي وقوف الامر (استحسان) اي مقتضى الاستحسان (والقياس) اي مقتضاه (ان يدفع) اي العبد (الى الوكيل) ولا يلتفت الى بينة ذي اليد (لان البينة قامت لا على خصم) بناء على ان الوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة (فلم يعتبر) اي البينة (وجه الاستحسان انه) اي الوكيل (خصم في قصر يده) اي في حق قصر يد نفسه عن العبد لقيامه مقام الموكل في القبض (فيقتصر يده) اي يد الوكيل يعني يعتبر اثر البينة بمجرد قصر يده لا لاثبات البيع (وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب) وهو الموكل (تعاد البينة على البيع) يعني لو حضر الموكل لابد لذي اليد من اعادة اقامة البينة على البيع في محضر الموكل ولا يكتفى بالبينة السابقة في اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار هذا كما اذا اقام) اي ذو اليد (البينة على ان الموكل عزله) اي عزل الوكيل (عن ذلك) اي عن التوكيل بقبض العين (فانها تقبل) اي فان البينة تقبل هناك (في قصر يده) اي في حق قصر يده (وكذا هذا) اي ما نحن فيه (قال) اي محمد رح في مختصره (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل كذا في الشروح قال المص ره (ومعناه) اي معنى قول محمد رح وكذلك العتاق والطلاق (اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة) اي واذا اقام العبد والامة البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) متعلق بالامة اي اذا اقاموا البينة على الوكيل بنقلهم الى الموكل يعني اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها الموكل بنقلها اليه واراد الوكيل بقبض العبد والامة نقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فاقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها الى ان زوجها طلقها واقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على ان مولاهما اعتقهما فانها (تقبل في قصر يده) اي في حق قصر يد الوكيل عنهم (حتى يحضر الغائب) اي الى ان يحضر الغائب (استحسانا) اي تقبل استحسانا واما قياسا فلا تقبل لقيامها لا على خصم (دون العتق والطلاق) ان لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم في اثبات العتق والطلاق وان كان خصما في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره وجملة الكلام بهذه المسائل ان البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فيقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل (قال) اي القدوري في مختصره (واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي) متعلق باقر اي اقر عند القاضي (جاز اقراره عليه) اطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل المدعي والمدعى عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين ان يكون موكله مدعيا او مدعى عليه

سوى ان معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين ان يكون للوكيل بالخصومة من المدعي فاقر بالقبض او الابراء او من المدعى عليه فاقر عليه بالحق (ولا يجوز عند غير القاضي) اي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي (عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا) وقوله استحسانا متعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كما ذكر في النهاية فتامل (الا انه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال اليه ولو ادعى بعد ذلك واقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تبطل الوكالة على رواية الاصل لانه زعم انه مبطل في دعواه (وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء) وقال زفر والشافعي رح لا يجوز في الوجهين) اي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه وبه قال مالك واحمد وابن ابي ليلى رح (وهو) اي قول زفر والشافعي رح (قول ابي يوسف رح اولا وهو القياس) اي مقتضاه (لانه) اي الوكيل (مامور بالخصومة وهو) اي الخصومة (منازعة ومشاجرة (والاقرار يضاده) اي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتاويل ما امر به (لانه) اي الاقرار (مسالمة) ومساعدة (والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا) اي ولاجل عدم تناول الامر بالشيء ضد ذلك الشيء (لا يملك) اي الوكيل بالخصومة (الصلح والابراء) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به في الكافي وغيره فان في كل واحد من هذه الافعال ما يضاد الخصومة (ويصح) اي يصح التوكيل بالخصومة (اذا استثنى الاقرار) بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار او بان قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر علي قال صاحب النهاية هذه المسئلة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار فوجه الدلالة هو ان التوكيل بالخصومة لو كان مجازا المطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز المطلق الجواب انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد بقوله لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ان المراد من الجواب اما الاقرار وحده او الانكار وحده ولا ايهما بالاتفاق فلا نسلم ان الامر كذلك اذ المراد من الجواب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الانكار والاقرار بطريق عموم المجاز دون احدهما عينا كما سياتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور وان اراد بذلك ان المراد منه احدهما لا بعينه او مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار معا في جواب وصيغة واحدة ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم فيهما حينئذ انما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى قوله والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا ليس بتام ايضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم اقول وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان ايضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله لبطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز انتهى فانه ان اراد بقوله لان الخصومة شيء واحد انها امر جزئي لا تعدد فيه اصلا فليس كذلك قطعا وان اراد بذلك انها من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض افرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه ان الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل المقام ولكن اورد عليه حيث قال ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبل الثمن او لا يسلم المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى اقول نظره ساقط جدا لان عدم التناول انما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء



المنقطع ويجوز ان يكون مدار صحة الاستثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور نعم يرد على المحل المذكور ان من يقول بصحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف رح فلا يكون قوله ويصح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب واعلم ان الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المص رح ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سوال يرد على قولهم اي على قول زفر والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا وقررا السوال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما ولما راينا تفصيل ذلك اطنابا مملا اعرضنا عنه على ان مآل ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية ومآل ما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما (وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) يعني الانكار (لان العادة) في التوكيل (جرت بذلك ولهذا يختار فيه) اي في الخصومة (الاهدى فالاهدى) والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسئلة مبتداة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف ايضا كذا في المختلفات البرهانية انتهى وقد اقتفى اثره في ذلك اكثر الشراح الا ان صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني انه اراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعني لما كان الامر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الاقرار نتج ان الوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو مسالمة وهو الاقرار ولاجل ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بالخصومة الاهدى في الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح فعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسئلة مبتداة لا للاستشهاد الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن انه مراد بذلك مما لا ينبغي ان ينسب الى من له ادنى تمييز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذي لن يسمح بمثله الادوار ما دار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فاني يتيسر الحمل على ان يكون احدهما سهوا عن الآخر واما ثانيا فلانا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان اراد به انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقول ابي يوسف رح آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول ابي يوسف رح اولا كما هو مراده قطعا وان اراد بذلك انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر رح والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا ايضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بان هذه المسئلة ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة قوله لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر رح ان يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف نص بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضي اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى

زفر رح والشافعي رح فلا يتم مطلوبه واما صحة ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رح على قول الآخر فمما لا شك فيه احد فاندفع ما شنع
عليه ههنا بحذافيره ثم اقول الانصاف ان كون ما ذكره المص ره ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير مورودة على وجه الاستشهاد وكما اختاره جمهور الشراح
مما لا يليق بشان المص ره اذ هو بصدد بيان ادلة اقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة في شروع مسئلة اخرى اثناء
ذكر ادلة هذه المسئلة قبل تمامها فالوجه عندي ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار
بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا اختار فيها الاهدى فالاهدى فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بمجرد
احتمال ان يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازا نعم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة
كما صرح به في المختلفات البرهانية ولا يحصل بها الزام الخصم الا ان ذكرها ههنا من قبيل رد المختلف على المختلف فيصير استشهادا تحقيقيا
عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظير هذا اكثر من ان يحصى فتدبر (وجه الاستحسان ان التوكيل) يعني التوكيل المعهود المذكور وهو
التوكيل بالخصومة (صحيح قطعا) اي صحيح من كل وجه بالاجماع (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) اي صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل
قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر او شرائها
فانه يجوز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف الوكيل وان لم يكن
مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على انا نقول ان للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم
التصرف فيما تصرف بولايته ولا يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيان ذلك في اوائل كتاب الوكالة عند قوله
ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام انتهى كلامه اقول في جوابه الثاني بحث لانه لا يدفع النقض اللازم
ههنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند ابي حنيفة رح بل يؤيده فانه اذا لم يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وجاز عند
ابي حنيفة رح بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشرائها ينبغي ان يجوز عنده فيما نحن فيه ايضا صحة التوكيل بما لا
يملكه الموكل بناء على ذلك فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم الذمي
ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه انتهى اقول الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في اوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المص ره
ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب العناية ان هذا الشرط وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به الذمي جاز
عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله تملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه
يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد انتهى ولا يخفى ان مآل هذا ما ذكره صاحب غاية
البيان في جوابه الثاني وقد بينا انه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده (وذلك) اي ما يملكه الموكل (مطلق الجواب) المتناول للانكار
والاقرار جميعا (دون احدهما عينا) اي دون احد الجوابين بعينه لانه ربما يكون احدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه
الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه
دون وجه وحيث صح من كل وجه علم انه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما (وطريق المجاز)
اي بين الخصومة ومطلق الجواب (موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى) على ما سياتي عن قريب عند بيان وجه قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة (فيصرف اليه) اي فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب (تحريا للصحة قطعا)
اي تحريا لصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء (ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح



جواب عن مستشهد زفر رح والشافعي رح يعني لا نم صحة هذا الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف رح كما ذكره شيخ الاسلام في شرح الجامع
الصغير وفي اصول الفقه ايضا (لانه) اي لان الموكل (لا يملكه) اي لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم تقرر الانكار عينا وقد لا يحل ذلك
كما مر آنفا كذا ذكر في العناية وكثير من الشروح اولان من اصله ان صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة
حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن او لا يسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر في الكافي وفي
بعض الشروح (وعن محمد رح انه يصح) يعني ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار يصح كما قال محمد رح في ظاهر الرواية لكنه انما يصح
(لان للتنصيص) اي تنصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه اياه) اي على تمكنه الانكار وبيان ذلك انه اذا لم يحل له
الانكار بجواز ان يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار
(وعند الاطلاق) اي عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار (يحمل على الاولى) اي يحمل كلامه على ما هو الاولى بحال
المسلم وهو مطلق الجواب (وعنه) اي عن محمد رح (انه فصل بين الطالب والمطلوب) اي فصل بين المدعي والمدعى عليه
في استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناؤه في الاول وهو الطالب (ولم يصححه في الثاني) وهو المطلوب (لكونه) اي
لكون المطلوب (مجبورا عليه) اي على الاقرار كذا في النهاية وفي العناية ايضا نقلا عن النهاية وعلى ترك الانكار كذا في كثير من الشروح
وقال في غاية البيان عند ذكر ذلك او يقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه في الخصومة (ويخير الطالب فيه) اي في اصل الخصومة
فله ترك احد وجهيها كذا في الكفاية وذكر في التتمة عن محمد رح انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه
يعني ان الوكيل اذا كان من جانب المدعي صح استثناء الاقرار لان المدعي لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار ادى الاستثناء فائدة في
حقه واما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه
او يضطر المدعى عليه على الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون هو مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا ان التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين
على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدة كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك
بحلاف لقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار لصحة اليمين لكونه محقا فيكون
الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه
مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه اقول في الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون
المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة في استثنائه الاقرار
بل كان ذلك ايضا احتمالا محضا فبمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل امر المسلم على الصلاح
وصيانة كلام العاقل عن الالغاء اقول بقي ههنا بحث وهو ان الطالب ايضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من
حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه
ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث
انه طالب اي مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخيرا بخلاف المطلوب حيث انه مطلوب
اي مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يكن استثناء الاقرار
هناك اصلا فضلا عن صحته فليتأمل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المص ره الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب
بانه انما لم يصلح علة الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر

فان افضائہا الی الصلح والابراء ان لم یکن اشد من افضائہا الی الاقرار فہو مثلہ لامحالۃ وایضا الخصومۃ والصلح متقابلان فینبغی ان تجوز الاستعارۃ والاولی ان یقال التوکیل بالخصومۃ ینصرف الی مطلق الجواب لما ذکرنا ومطلق الجواب اما بلی او بنعم والصلح عقد آخر یحتاج الی عبارۃ اخری خلاف ما وضع للجواب وکذلک الابراء فلا یتناولہ اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقیقۃ ولا مجازا الی ہنا کلامہ اقول فنظرہ الاول ساقط جدا اذ لانسلم ان افضاء الخصومۃ الی الصلح والابراء اشد من افضائہا الی الاقرار او مثل افضائہا الیہ کیف والخصم قد یضطر الی الاقرار عند عرض الیمین علیہ بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا یضطر الیہما اصلا بل ہو مختار فیہما مطلقا علی انہما لا یتحققان باختیار الخصم فقط بل لابد فیہما من اختیار المخاصمۃ معا والی ہذا کلہ اشار المجیب وہو الشارح الاتقانی فی تقریر جوابہ حیث قال والجواب عن القیاس علی الصلح فنقول انما لم یصح صلح الوکیل لان الخصومۃ لیست بسبب داع الی الصلح بل ہو تصرف ابتداء یتعلق باختیارہما انتہی (فبعد ذلک) شرع فی بیان ماخذ الاختلاف الواقع بین الائمۃ الثلثۃ ای بعد ما ثبت ان التوکیل بالخصومۃ ینصرف الی مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوکیل بالخصومۃ علی موکلہ (یقول ابو یوسف رح) فی التسویۃ بین مجلس القضاء وغیرہ (ان الوکیل قائم مقام الموکل) فیقتضی ہذا ان یملک ما کان الموکل مالکا لہ (واقرارہ) ای اقرار الموکل (لا یختص بمجلس القضاء) لان الاقرار موجب بنفسہ وانما یختص بمجلس القضاء ما لا یکون موجبا الا بانضمام القضاء الیہ کالبینۃ والنکول (فکذا اقرار نائبہ) ای ہو ایضا لا یختص بمجلس القضاء (وہما) ای ابو حنیفۃ ومحمد رحمہما اللہ (یقولان) فی الفرق بین مجلس القضاء وغیرہ (ان التوکیل) ای التوکیل بالخصومۃ (یتناول جوابا یسمی خصومۃ حقیقۃ) وہو الانکار (او مجازا) وہو الاقرار لما مر انہ ینصرف الی مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام یتناول بعمومہ الحقیقۃ وہی الخصومۃ والمجاز وہو الاقرار والاقرار لا یکون خصومۃ مجازا الا فی مجلس القضاء فما کان منہ فی غیرہ فلیس بخصومۃ لا حقیقۃ وہو ظاہر ولا مجازا اذ الاقرار انما یکون خصومۃ مجازا من حیث انہ جواب ولا جواب فی غیر مجلس القضاء فلا اقرار یکون خصومۃ مجازا فی غیرہ فلا یتناولہ الجواب الموکل بہ ثم ان طریق کون الاقرار من حیث انہ جواب خصومۃ مجازا لما وعد المص رہ بیانہ فیما ذکرہ ہہنا بقولہ (والاقرار فی مجلس القضاء خصومۃ مجازا اما لانہ) ای الاقرار (خرج فی مقابلۃ الخصومۃ) جوابا عنہا فسمی باسمہا کما سمی جزاء العدوان عدوانا فی قولہ تعالی فاعتدوا علیہ بمثل ما اعتدی علیکم وکما سمی جزاء السیئۃ سیئۃ فی قولہ تعالی وجزاء سیئۃ سیئۃ مثلہا کذا فی المبسوط والاسرار قال صاحب العنایۃ فکان مجوزہ التضاد وہو مجوز لغوی لما تقرر فی التقریر انہ لا یصلح مجوزا شرعیا وقال بعض الفضلاء بل الظاہر ان مجوزہ المشاکلۃ اقول لا یخفی علی من یعرف حقیقۃ المشاکلۃ ویتقن النظر فی مباحثہا ان المشاکلۃ بمعزل فیما نحن فیہ وانما غرہ تمثیلہم ما نحن فیہ بقولہ تعالی وجزاء سیئۃ سیئۃ مثلہا وقولہ فاعتدوا علیہ بمثل ما اعتدی علیکم ولکن جواز المشاکلۃ ایضا فی ذینک الموضعین من النظم الشریف لا یقتضی جوازہ فیما نحن فیہ تامل تقف (او لانہ) ای الخصومۃ علی تاویل التخاصم کذا فی النہایۃ وغیرہا وقال فی معراج الدرایۃ وفی بعض النسخ او لانہا (سبب لہ) ای الاقرار وقد سمی المسبب باسم السبب کما یقال صلوۃ العید سنۃ مع انہا واجبۃ باعتبار انہا ثبتت بالسنۃ وکما یسمی جزاء السیئۃ سیئۃ اطلاقا لاسم السبب علی المسبب فکان المجوز السببیۃ قال فی العنایۃ وہو مجوز شرعی نظیر الاتصال الصوری فی اللغوی کما عرف (لان الظاہر اتیانہ) ای اتیان الخصم بالمستحق فیکون الخصومۃ سببا لہ حیث افضی الیہ ظاہرا کذا ذکر تاج الشریعۃ واختارہ العینی ثم یکون قولہ لان الظاہر الخ تعلیلا لقولہ او لانہ سبب لہ وقیل ہو تعلیل لقولہ والاقرار فی مجلس القضاء خصومۃ مجازا بملاحظۃ القصر فی التقیید بقولہ فی مجلس القضاء یعنی لا الاقرار فی غیرہ فتامل انتہی وبتحریر صاحب العنایۃ حیث قال وانما اختصاصہ بمجلس القضاء فلان الظاہر



اتیانہ بالمستحق عند طلب المستحق) فیتفکر (وہو) ای المستحق (الجواب فی مجلس القضاء) لا غیر (فیختص بہ) ای فیختص جواب الخصومۃ بمجلس القضاء قال صاحب العنایۃ ولو قال لان الواجب علیہ اتیانہ بالمستحق بدل لان الظاہر کان اوفی تادیۃ المقصود انتہی وقال بعض الفضلاء انما لم یقل لان الواجب الخ لتطرق المنع علی دعوی الوجوب وسندہ ما مر فی اول کتاب الوکالۃ من الشارح ما بین حکمہا انتہی اقول لیس ہذا الشیء لان مدارہ علی زعم ان ضمیر علیہ واتیانہ فی قولہ لان الواجب علیہ اتیانہ بالمستحق راجع الی الوکیل من حیث انہ وکیل ولیس کذلک بل ہو راجع الی الخصم وہو الموکل حقیقۃ وان عد الوکیل ایضا خصما لقیامہ مقام الموکل فالوجوب ہہنا یصیر حکم الخصومۃ لا حکم الوکالۃ ووجوب الجواب علی الخصم مما لا یقبل المنع قطعا وما مر من صاحب العنایۃ فی اول کتاب الوکالۃ من جواز مباشرۃ الوکیل ما فوض الیہ انما ہو حکم الوکالۃ وذلک لا ینافی کون الوجوب المذکور ہہنا حکم الخصومۃ فلا یکاد یصلح سندا للمنع ہہنا الا یری انہ یجب علی الوکیل کثیر من احکام ما باشرہ بالوکالۃ کما فی الوکیل فی عقد یضیفہ الوکیل الی نفسہ کالبیع والاجارۃ وغیرہما فحقوقہ تجب علی الوکیل دون الموکل مع اطباقہم علی ان حکم الوکالۃ جواز مباشرۃ الوکیل ما فوض الیہ بالتوفیق فی ذلک کلہ ان الوجوب حکم ما باشرہ والجواز حکم اصل الوکالۃ فلا تغفل (لکن اذا اقیمت البینۃ علی اقرارہ) ای علی اقرار الوکیل (فی غیر مجلس القضاء یخرج من الوکالۃ) ہذا استدراک من قولہ فیختص بہ وفیہ اشارۃ الی دفع ما یقال اذا لم یکن الاقرار فی غیر مجلس القضاء جوابا کان الواجب ان لا یکون معتبرا ولا یخرج بہ عن الوکالۃ ومعناہ لکن اذا ثبت انہ اقر عند غیر القاضی خرج من الوکالۃ (حتی لا یومر) ای لا یومر الخصم (بدفع المال الیہ) ای الی الوکیل (لانہ صار مناقضا) فی کلامہ حیث کذب نفسہ بالقول الاول والمناقض لا دعوی لہ قال فی الکافی حتی لا یومر بدفع المال الیہ لانہ لا یمکن ان یبقی وکیلا بمطلق الجواب لانہ لا یملک الانکار لانہ یصیر مناقضا فی کلامہ فلو بقی وکیلا یبقی وکیلا بجواب مقید وہو الاقرار وما وکلہ بجواب مقید وانما وکلہ بالجواب مطلقا انتہی (وصار) ای صار الوکیل المقر فی غیر مجلس القضاء (کالاب والوصی اذا اقر) ای اقر احدہما (فی مجلس القضاء فانہ لا یصح) اقرارہ ولا یدفع المال الیہ بیانہ ان الاب او الوصی اذا ادعی شیئا للصغیر فانکر المدعی علیہ وصدقہ الاب او الوصی ثم جاء یدعی المال فان اقرارہما لا یصح (ولا یدفع المال الیہما) لانہما خرجا من الولایۃ والوصایۃ فی حق ذلک المال بسبب اقرارہما بما قالہ المدعی علیہ فکذلک ہہنا کذا ذکر فی اکثر الشروح والاحسن ما ذکر فی الکفایۃ من ان الاب والوصی اذا اقرا علی الیتیم فی مجلس القضاء لا یصح اقرارہما علیہ ولکن لا یدفع المال الیہما لزعمہما بطلان حق الاخذ وانما لا یصح اقرارہما لان ولایتہما نظریۃ ولا نظر فی الاقرار علی الصغیر انتہی واعلم ان حاصل ہذہ المسئلۃ اعنی مسئلۃ التوکیل بالخصومۃ علی خمسۃ اوجہ الاول ان یوکلہ بالخصومۃ ولا یتعرض لشیء آخر وفی ہذا الوجہ یصیر وکیلا بالانکار بالاجماع ویصیر وکیلا بالاقرار ایضا عند علمائنا الثلثۃ الثانی ان یوکلہ بالخصومۃ غیر جائز الاقرار وفی ہذا الوجہ یصیر وکیلا بالانکار لان باستثناء الاقرار تبین ان التوکیل ما یتناول نفس الجواب انما تناول جوابا مقیدا بالانکار ہکذا ذکر شیخ الاسلام فی الاصل وذکر الامام فخر الاسلام البزدوی فی شرح الجامع ان ہذا الاستثناء علی قول ابی یوسف رح لا یصح وعند محمد رح یصح وہکذا ذکر شمس الائمۃ السرخسی فی شرح وکالۃ الاصل وفی الفتاوی الصغری ان استثناء الاقرار من الطالب یصح ومن المطلوب لا یصح عند محمد رح الثالث ان یوکلہ بالخصومۃ غیر جائز الانکار وفی ہذا الوجہ یصیر وکیلا بالانکار ویصح الاستثناء فی ظاہر الروایۃ وعن ابی یوسف رح لا یصح الاستثناء الرابع ان یوکلہ بالخصومۃ جائز الاقرار علیہ وفی ہذا الوجہ یصیر وکیلا بالخصومۃ والاقرار حتی لو اقر صح اقرارہ علی الموکل عندنا خلافا للشافعی رحمہ اللہ ویجب ان یعلم ان التوکیل بالاقرار صحیح عندنا ولا یصیر الموکل مقرا بالتوکیل عند ذکر محمد رح المسئلۃ فی باب الوکالۃ بالصلح الخامس ان یوکلہ بالخصومۃ غیر جائز الاقرار والانکار ولا رواۃ فی ہذا

الوجه عن اصحابنا رح وقد اختلف المتاخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل اصلا لان التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى كلاهما لم يفوض اليه شيئا وحكي عن القاضي الامام ماعد النيسابوري انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة في ما يندرئ بالشبهات كذا في التبيين

(قال) اى محمد رح في الجامع الصغير (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه) اى بقبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك) اى لم يكن الكفيل وكيلا في قبض المال الغريم (ابدا) اى لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل اما بعد البراءة فلانها لما لم يصح حال التوكيل لما سنذكر لم ينقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازها بعد ما بلغته فانها لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانها لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلما ذكره بقوله (لان الوكيل من يعمل لغيره) وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه في ابراء ذمته (ولو صححناها) اى لو صححنا الوكالة فيما نحن فيه (صار) اى صار الوكيل (عاملا لنفسه في ابراء ذمته) لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا القبض وكيله (فانعدم الركن) اى ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل هذا برب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه في الجامع الكبير وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فلا يرد علينا نقضا لان كلامنا في التوكيل لا في التمليك كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في الجواب نظر اما اولا فلان ما ذكره شيخ الاسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد رح في الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال واما ثانيا فلان النقض ليس بنفس الابراء بل بالتوكيل بالابراء فما معنى قولهم ان كلامنا في التوكيل لا في التمليك على ان المنقوض ههنا ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فانه جار بعينه في صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور اصلا كما لا يخفى اللهم الا ان يقال مرادهم ان التوكيل بالابراء في الصورة المذكورة تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل المذكور ايضا انما يجري في التوكيل الحقيقي لان كون الوكيل عاملا لغيره انما هو في ذلك وقيل الى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمه لانه تمليك لا انه توكيل كما في قوله طلقي نفسك انتهى فتامل قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر انتهى اقول يمكن ان يعارض هذا بانه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما اشير اليه في سائر الشروح حيث قيل ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على نهج ما ذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدائن يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلقي نفسك



انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان اراد انه تمليك للدين فمسلم لظهور انه ليس تمليكا الا ان يقال انه من قبيل المبالغة في التشبيه وان اراد انه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق ايضا انتهى اقول يجوز ان يختار كل واحد من شقي ترديده اما الاول فلسقوط منع ذلك باقامة الدليل عليه بانه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان اسقاطا له لما ارتد بالرد فان الاسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف وقد اشار اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد واما الثاني فلسقوط تبعض ذلك بالتوكيل فان التوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو انابة محضة لا تمليك شيء اصلا فقوله فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق ايضا ممنوع جدا اذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع آخر ان التوكيل تمليك شيء بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل ينبغي ان ... الكفيل في مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه كان واقعا في ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لا يعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل العمل لنفسه اصل اذ الاصل ان يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي ان ... الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة كما اذا تاخرت الكفالة عن الوكالة فانها يكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة واجيب بان الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس لان الشيء جاز ان يكون منسوخا بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة في الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه (ولان قبول قوله) اى قبول الوكيل (ملازم للوكالة) هذا دليل آخر على المسئلة تقريره ان الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل (لكونه امينا ولو صححناها) اى لو صححنا الوكالة ههنا (لا تقبل) اى لم تقبل قوله (لكونه مبريا نفسه) عما لزمه بحكم الكفالة فانتفى اللازم وهو قبول قوله (فينعدم) اى التوكيل الذي هو الملزوم (بانعدام لازمته) التي هي قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم صدقه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم (وهو نظير عبد ماذون مديون) اى ما ذكر من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون او بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد مديون (اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته) اى ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا او معسرا (للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب) اى فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين (بقبض المال عن العبد كان باطلا) اى كان التوكيل باطلا (لما بيناه) من ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فكان التوكيل باطلا

(قال) اى القدوري في مختصره (ومن ادعى انه وكيل الغائب) اى وكيل فلان الغائب (في قبض دينه فصدقه الغريم) اى المديون (امر) اى الغريم (بتسليم الدين) وفي بعض النسخ بتسليم المال (اليه) اى الى مدعي الوكالة (لانه) اى لان تصديق الغريم اياه (اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله) اى لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها كما تقدم وتقرر فاداء المديون شغل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له (فان حضر الغائب) اى رب الدين (فصدقه) اى صدق الوكيل فيها (والا) اى وان لم يصدق (دفعه اليه) اى الى رب الدين (الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء) اى استيفاء رب الدين حقه (حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله) اى القول في انكار الوكالة قول رب الدين (مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون

يدعى امرا عارضيا وهو سقوط الدين باداءه اى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء
(فيفسد الاداء) اى يفسد الاداء الى مدعى الوكالة واداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين (ويرجع به) اى
فيرجع المديون بما دفعه اولا (على الوكيل) اى على مدعى الوكالة (ان كان باقيا فى يده) اى ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا فى يده
(لان غرضه) اى غرض المديون (من الدفع) اى من الدفع الى الوكيل (براءة ذمته) من الدين (ولم يحصل) اى لم يحصل البراءة
(فله ان ينقض قبضه) اى فللمديون ان ينقض قبض الوكيل (وان كان ضاع) اى ان كان ما دفعه الى الوكيل ضاع (فى يده
لم يرجع) اى المديون (عليه) اى على الوكيل (لانه) اى المديون (بتصديقه) اى بتصديق الوكيل (اعترف انه) اى الوكيل
(محق فى القبض) والمحق فى القبض لا رجوع عليه (وهو) اى المديون (مظلوم فى هذا الاخذ) اى فى الاخذ الثانى وهذه الجملة اعنى
قوله وهو مظلوم فى هذا الاخذ معطوف على ثانى جزئى فى قوله اعترف انه محق فى القبض فالمعنى ان المديون بتصديق الوكيل اعترف ايضا انه زعم
انه مظلوم فى هذا الاخذ الثانى (والمظلوم لا يظلم غيره) فلا ياخذ المديون من الوكيل بعد الاهلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا الوجه
يقتضى ان لا يرجع عليه اذا كانت العين فى يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا
لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى اقول لقائل ان يقول ان المحق فى القبض كما لا يرجع عليه ابتداء
لا يتيسر نقض قبضه ايضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز له ان يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له ان يتوسل اليه بوسيلة
كنقض القبض ههنا فلا يتم الجواب المذكور فالجواب الواضح ان الوكيل وان كان محقا فى القبض على زعم المديون الا ان قبضه لم يكن
لنفسه اصالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فاذا اخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان
ظالما فى زعم المديون لم يبق للوكيل حق ايصال ما قبضه الى الموكل لوصول حق الموكل الى نفسه من الغريم فان كان عين ما قبضه الوكيل
باقية فى يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما له اخذا الا ان ما قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق
له حق الايصال الى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع اليه بخلاف ما اذا كان عين ما قبضه هالكا فان
ما قبضه وان لم يكن ملك نفسه الا ان يده كانت يد امانة على زعم المديون حيث صدقه فى الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى
ثم ان الامام الزيلعى قال فى التبيين ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا وله الف آخرين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما
الالف العين نصفين فادعى الذى عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حيوته فصدقه احدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع
عليه بخمس مائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو فى زعمه ان المكذب ظالمه فى الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب
وذكر فى الامالى انه لا يرجع لان الغريم زعم انه برى عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين
على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين
لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الآخر واخذ منه خمس مائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمس مائة دينا على الميت
فيرجع بها على المصدق فياخذ ما اصابه بالارث حتى يستوفى لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه فتامل (قال) اى المص رح
فى البداية (الا ان يكون ضمنه عند الدفع) هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعنى اذا ضاع فى يده لم يرجع عليه الا ان يكون ضمنه عند
الدفع وهذا لفظ مروى بالتشديد والتخفيف ففى التشديد كان الضمير المستكن فى ضمنه مسندا الى المديون والضمير البارز راجعا الى
الوكيل وفى التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو ان يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال الى الوكيل بان يقول له اضمن لى
ما دفعته اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب منى الا اخذ منك ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو ان يقول الوكيل للمديون



انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا فانا ارد عليك ما قبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل (لان المأخوذ عليه
ثانيا مضمون عليه) اى على رب الدين (فى زعمهما) اى فى زعم الوكيل والمديون لان رب الدين فى حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا
(وهذه) اى هذه الكفالة (اضيفت الى حالة القبض) اى الى حالة قبض رب الدين ثانيا (فتصح) اى فتصح هذه الكفالة لاضافتها
الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت (بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان) اى بما يذوب اى يجب له عليه وهذا ماض
اريد به المستقبل وقد مر تقريره فى كتاب الكفالة فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب فى المستقبل
على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه) اى لم يصدق الوكيل (على الوكالة) يعنى ولم يكذبه ايضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب
سياتى عقيبه (ودفعه اليه) اى دفع المال الى الوكيل (على ادعائه) اى بناء على مجرد دعوى الوكيل (فان رجع صاحب المال على
الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه) اى الغريم (لم يصدقه) اى الوكيل (فى الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة) اى على
رجاء ان يجيزه صاحب المال (فاذا انقطع رجاؤه) اى رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه (رجع عليه) اى رجع الغريم ايضا على الوكيل
(وكذا اذا دفعه اليه) اى وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل (على تكذيبه) اى على تكذيب الغريم (اياه) اى الوكيل (فى
الوكالة) اى فى دعوى الوكالة (وهذا) اى جواز رجوع المديون على الوكيل فى صورة التكذيب (اظهر) اى اظهر من جواز رجوعه عليه فى الصورتين
الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما رجع عليه فى تينك الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلان يرجع عليه فى
هذه الصورة وقد كذبه فيها اولى بالطريق لانه اذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب قطعا (لما قلنا)
اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية كما لا يخفى (وفى الوجوه كلها) يعنى الوجوه الاربعة المذكورة وهى
دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب (ليس له) اى ليس
للغريم (ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المودى صار حقا للغائب اما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (او محتملا) وهو فى
حالة التكذيب كذا فى عامة الشروح اقول الحق فى بيان قوله او محتملا ان يقال وهو فى حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه
المذكورة كلها وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال (فصار) اى صار الحكم فى الوجوه كلها (كما
اذا دفعه) اى كما اذا دفع الغريم المال (الى فضولى على رجاء الاجازة) من صاحب المال فان الدافع هناك (لم يملك الاسترداد
لاحتمال الاجازة) فكذا هنا (ولان من باشر التصرف لغرض) عطف على قوله لان المودى صار حق الغائب (ليس له ان ينقضه
ما لم يقع الياس عن غرضه) اى عن حصول غرضه لان سعى الانسان فى نقض ما تم من جهته مردود وكما اذا كان الشفيع وكيلا للمشترى ليس له
الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان ساعيا فى نقض ما تم من جهته وهو البيع ولم يذكر المص رح ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يحلف اولا قال
الخصاف لا يحلف على قول ابى حنيفة رح ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه بالو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان
الاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا اذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم فيه
على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد ثبتت الوكالة فى حقه باقراره كذا فى العناية اخذا
من النهاية وذكر فى الكافى انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم اقام البينة على انه ليس بوكيل او اقام البينة على اقراره ان الطالب ما وكله لا يقبل
ولو اراد ان يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك يبتنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا فى نقض ما اوجبه للغائب فان اقام الغريم
البينة على ان الطالب جحد الوكالة وقبض المال منى يقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن
المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل

ضرورة وجاز ان تثبت الشيء ضمنا وضرورة ولا تثبت مقصودا انتهى (ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) هذا لفظ القدوري في مختصره علله المص رح بقوله (لانه) اى المودع بفتح الدال (اقر له) اى للوكيل بمال الغير وهو المودع بكسر الدال فلا يصح اقراره ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار (بمال الغير) بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل الذي صدقه في وكالته على ما مر فان الديون تقضى بامثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كذا ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه الاربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل بقبض الوديعة ايضا فانه قال في المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان قال هلك مني او دفعته الى الموكل فهو على التفصيل الذي قلنا ان صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء وان كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا انتهى وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه وقال ايضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله انتهى (ولو ادعى) اى ولو ادعى احد وفي بعض النسخ فلو ادعى ذكر المص رح هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري (انه) الضمير للشان (مات ابوه) اى اب المدعي (وترك الوديعة ميراثا له) اى للمدعي (لا وارث له) اى للميت (غيره) اى غير المدعي (وصدقه المودع امر بالدفع اليه) اى امر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعي اقول من العجائب ههنا ان الشارح العيني قال في تفسير هذه المسئلة اى فلو ادعى من قال اني وكيل انه اى ان فلانا مات ابوه الخ ولا يخفى على من له ادنى مسكة ان هذه المسئلة مسئلة الوراثة ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما في الحكم وانه لا مجال لان يكون الضمير المستكن في ولو ادعى اى فلو ادعى راجعا الى من قال اني وكيل لان المودع لا يؤمر بالتسليم الى مدعي الوكالة اصلا قال المص في تعليل هاتيك المسئلة (لانه) اى لان مال الوديعة (لا يبقى ماله) اى لا يبقى مال المودع (بعد موته) اى بعد موت المودع قال صاحب النهاية ماله بالنصب وقال هكذا كان مقروا باعراب شيخي اى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته اى منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتصابه على تاويل الحال كما في كلمته فاه الى في اى متنافهما انتهى وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما في النهاية بعينه ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما في قوله كلمته فاه الى في يعني لا يبقى مال الوديعة مال ابيه بعد موت ابيه انتهى وقال صاحب العناية وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى في اى متنافهما ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غير من الشارحين وارى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز ان يكون مفيدا بالمشافهة اى كلمته في حال المشافهة ثم واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في علم البلاغة انه يجوز في امثال هذا التركيب ان يعتبر القيد اولا فيؤول المعنى الى بقاء القيد وان يعتبر النفي اولا فيؤول المعنى الى تقييد النفي وتعيين كل واحد من الاعتبارين بالقرينة فيشهد له فان اراد بقوله واما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الاول فمسلم اذ لا يخفى ان نفي بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر مقبول وان اراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثاني فممنوع لكن المراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى



عين ماله بعد موته وليس هذا المعنى بصحيح اذ المال باق بعينه بعد موته وانما انتفى بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك من اوصاف المال واحواله يفهم من النصب على الحالية ولا يفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا ان يدعى انه يوجد من اضافة المال الى الضمير الراجع الى المودع لكنه بعيد جدا فالظاهر ان افادة المعنى المقصود هو النفي كما لا يخفى ثم ان الشارح العيني قد زاد في الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما في النهاية وما في العناية والصواب هو الرفع على ما قاله الاكمل وقد فاته شيء آخر وهو ان من شرط الحال ان يكون من المشتقات والمال ليس منها الا انه يجوز بالتاويل ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في نصب على الحال انه حال على تاويل متمولا اى لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان اوجه انتهى اقول ليس ما زاده بشيء اما قوله ان من شرط الحال ان تكون من المشتقات فتم الامر الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح ان يقع حالا مثل هذا بسرا اطيب منه رطبا ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتاويل بالمشتق مما لم ينكره احد من النحاة وقد اعترف به نفسه ايضا حيث قال الا انه يجوز بالتاويل وقد بين صاحب النهاية التاويل ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام واما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في انه نصب على الحال انه حال على تاويل متمولا اى لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان اوجه فمما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصور تاويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضمير لا يبقى الى الميت لا يبقى لارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوي الافهام (فقد اتفقا) على مدعي الوراثة والمودع وقال العيني اى الذي ادعى الوكالة والمودع اقول هذا بناء على ضلالته السابق وقد عرفت حاله (على انه) متعلق باتفقا اى فقد اتفقا على ان مال الوديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه قال صاحب التسهيل اقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حيث يثبت موته عند القاضي انتهى فتامل (ولو ادعى) اى ولو ادعى احد (انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر) اى لم يؤمر المودع (بالدفع اليه) اى الى مدعي الشراء وهذه المسئلة ايضا ذكرها المص رح تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية وقال في تعليلها (لانه) اى لان صاحب الوديعة (ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير) اى كان اقرار المودع لمدعي الشراء اقرارا بملك الغير وهو صاحب الوديعة (لانه) اى الحي (من اهله) اى من اهل الملك (فلا يصدقان) اى مدعي الشراء والمودع المصدق اياه (في دعوى البيع عليه) اى على صاحب الوديعة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هناك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله من اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة الى ههنا كلامه اقول تضعيفه ساقط لان ذكر المسئلة المتقدمة عليهما وهي مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها لان ذكرها لما اوقع في ذهن السامع ان الحكم فيهما ايضا كالحكم فيها ام لا ذكرهما المصنف رح عقيبها في بابها على سبيل التفريع عليها ازالة للاشتباه ببيان الفرق بينها وبين احداهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان ايرادهما في هذا الباب قريب المناسبة (قال) اى محمد في بيوع الجامع الصغير (فان وكل وكيلا بقبض ماله) اى ان وكل رجل وكيلا بقبض مال له على غريمه (فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه) اى فان الغريم (يدفع المال اليه) اى يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المص رح في تعليله (لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه) اى بمجرد دعوى الغريم بلا حجة (فلا يؤخر الحق) اى حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نم ان الوكالة قد ثبتت فباي دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من

جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين
دينه كان هو معترفا باصل الحق الا يرى ان قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعي ذلك فلما ثبت الدين باقراره
ولم ينكر الوكالة وكان للوكيل ولاية الطلب فيقضي عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضي عليه
بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى اقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام في ان ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه
يتضمن الاعتراف باصل الحق وانما الكلام في ان الوكالة باي دليل ثبتت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها الا يرى
انه لو سكت او تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا للوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد اشار اليه السائل بقوله بل هو دليل
على عدم صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال انت لا تصلح للوكالة اصلا بعد استيفاء صاحب المال
حقه فضلا عن ان تقع وكيلا منه تدبر وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة ذكر في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي
عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه ثم قال في شرح قول المص ره لان الوكالة قد ثبتت
يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان مدار قول المص ره لان الوكالة قد ثبتت بل مدار
نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسئلة لما وسع للمص ره في بدايته وهدايته ولعامة
المشائخ في تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ولا ينبغي ان يدعى كون تركهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد
ذهب اعتبار ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر في دفع السؤال المذكور
فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغنى عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هؤلاء الاجلاء (قال ويتبع) اي يتبع الغريم
(رب المال فيستحلفه) اي فيستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء (رعاية لجانبه) اي جانب الغريم فان حلف مضى الاداء
فان نكل يتبع الغريم القابض فيسترد ما قبضه (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رحمه الله احلفه على
العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي
حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على ان لا يعلم استيفاء مورثه لان
الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة كذا في الشروح اخذا من الايضاح (قال) اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير (وان
وكله بعيب في جارية) اي ان وكله برد جارية بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشتري) اي رضاه بالعيب (لم يرد عليه)
اي لم يرد الوكيل على البائع (حتى يحلف المشتري) يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على انه لم يرض بالعيب (بخلاف
ما مر من) (مسئلة الدين) حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين الى الوكيل
بدون تحليف الوكيل اقول ليس هذا بمعنى المقام قطعا اذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف في شيء
منهما اصلا ثم اعلم انه ذكر في المبسوط الفرق بين مسئلة الدين ومسئلة العيب من وجهين احدهما ان في الدين حق الطالب ثابت
بيقين اذ ليس في دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي ثبوت اصل حقه لكنه يدعي الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل
الاستيفاء ما لم يثبت المسقط واما في العيب فان علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد اصلا فالبائع لا يدعي مسقطا بل
يزعم ان حقه في الرد لم يثبت اصلا فلا بد من ان يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ
للعقد والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو اثبتنا له حق الرد تضرر به الخصم في انفساخ عقده عليه واما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد فاذا ظهر



الموكل فابى ان يحلف يتوصل المطلوب الى قضاء حقه فلهذا امر بقضاء الدين وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي اراده المص ره بقوله
(ولان التدارك ممكن هنالك) اي في مسئلة الدين (باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله) اي نكول
الموكل عن اليمين اذ القضاء لم ينفذ باطنا لانه ما قضى الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا في الكافي والكفاية وههنا اي في
مسئلة الرد بالعيب وفي بعض النسخ (وفي الثانية) اي وفي المسئلة الثانية وهي مسئلة الرد بالعيب (غير ممكن) اي التدارك غير ممكن
(لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة ره كما هو مذهبه) لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ
ظاهرا وباطنا عنده كما مر في كتاب القضاء وفي كتاب النكاح ايضا (ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك) اي بعد ان
مضى القضاء بالفسخ على الصحة (لانه) اي لان الاستحلاف (لا يفيد) فانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة
قطعا قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المص ره بعد ذلك اي بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العيني اقول هذا التفسير فاسد اذ يصير معنى
المقام حينئذ ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن وفي الذخيرة وان لم يكن للبائع
بينة على رضى الآمر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضى واراد اخذ الجارية فابى البائع ان يدفعها وقال
نقض القاضي البيع فلا سبيل لك فان القاضي لا يلتفت الى قول البائع ويرد الجارية على الآمر لان الآمر مع البائع تصادقا على ان الجارية
ملك الآمر لان البائع ادعى رضى الآمر بالعيب ولزوم الجارية اياه وصدقه الآمر في ذلك فاستند التصديق الى وقت الاقرار وثبت بهذا
التصادق ان القاضي اخطأ في قضائه بالرد وان قضاه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن فكان للآمر
ان ياخذها بعض مشائخنا قالوا هذا على قول محمد رح فاما على قول ابي حنيفة رح لا سبيل للآمر على الجارية وبعضهم قالوا هذا قول الكل وهو
الاصح ووجهه ان نقض القاضي ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر
بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمه نص بخلافه انتهى وهكذا ذكر في المبسوط
وشروح الجامع الصغير ايضا ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب ثم ان صاحب العناية ذكر ذلك ههنا على وجه الاعتراض
والجواب حيث قال واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية و
قال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية
على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد رح فاما على قول ابي حنيفة رح فلا سبيل للآمر على الجارية سلمناه ان هذا قول الكل لكن النقض
ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه لتصادقهما في الآخر على وجود الرضى من
المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده وثمه نص بخلافه وقالوا هذا اصح انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره في
الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاز نقض القضاء ههنا عند ابي حنيفة رح ايضا بسبب كان تعين ان القضاء
بالفسخ ههنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده ايضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتامل (واما عندهما) اي عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله (قالوا) اي المشائخ (يجب ان يتحد الجواب على هذا) اي على الاصل المذكور (في الفصلين) اي في فصل الدين
وفي فصل الرد بالعيب (ولا يؤخر) اي لا يؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تحليف رب الدين
(لان التدارك ممكن) اي في الفصلين معا (عندهما لبطلان القضاء) يعني ان عدم التاخير الى تحليف رب الدين في فصل
الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطاء في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب
ايضا لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطاء القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية عليه

فلا يؤخر الى التحليف (وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر) اى القضاء (في الفصلين لانه) اى لان ابا يوسف رح (يعتبر النظر) اى النظر للبائع كذا في الشروح اقول الاولى ان يقال اى النظر للخصم ليكون انسب بالتعميم للفصلين كما ستنكشف ذلك (حتى يستحلف) اى ابو يوسف رح (المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع) يعني ان من مذهب ابي يوسف رح ان القاضي لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري او رب الدين غائبا فاولى ان لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظرا للبائع والمديون (فينتظر للنظر) اى فينتظر في الفصلين نظرا للبائع والمديون قال في النهاية فينتظر للنظر اى للبائع فعلى هذا ينبغي ان ينظر في الدين نظرا للغريم انتهى وقال في غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى وقال في العناية لا يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له اذا كان غائبا انتهى اقول لا يخفى ما في كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه ما قررناه فتبصر (قال) اى محمد رح في الجامع الصغير (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله) اى لينفقها (فانفق عشرة عليهم من عنده) اى من مال نفسه (فالعشرة بالعشرة) اى فالعشرة التي انفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل يعني لا يكون الوكيل متبرعا فيما انفق بل ما اخذه من الموكل يصير ملكا له قال الامام التمرتاشي هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها وكان مطلقا لكن ينوي تلك العشرة اما اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وكذا لو اضاف العقد الى غيرها كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية وقال في الكفاية بعد ذلك وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المص رح في تعليل ما في الكتاب (لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه) اى في الوكيل بالشراء (ما ذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن (وقد قررناه) يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية (فهذا) اى ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق (كذلك) لان الوكيل بالانفاق على الاهل قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال واعلم ان محمدا رح لم يذكر في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس ان يدفع التي احتبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني ادع القياس في ذلك واستحسن ان اجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شروحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يردها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر رح وهذا معنى قول المص رح (وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) اى ليس للوكيل انفاق عشرة لنفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا انفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن وجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امر الموكل فيصير متبرعا واما وجه الاستحسان فما ذكره المص رح تماما انما بقوله ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقالوا في شرح الجامع الصغير ايضا من المشايخ من قال ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد رح في الاصل اما الانفاق ففيه شراء فلم يختلف



فيه وجه القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المص رح (وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء) هذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم تجعله متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له انتهى (واما الانفاق فانه يتضمن الشراء) لان الامر بالانفاق امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ثم تثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا (فلا يدخله) والله اعلم اى فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في ان الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

## باب عزل الوكيل

آخر باب العزل لان العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا (قال) اى القدوري في مختصره (وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه) اى حق الموكل (فله ان يبطله) اى فللموكل الذي هو صاحب الحق ان يبطل حقه (الا اذا تعلق) اى بالوكالة ذكر الضمير بتاويل كونها حقا (حق الغير) فحينئذ ليس له ان يعزله بلا رضي ذلك الغير وذلك (بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب) اى بالتماس من جهة المدعي (لما فيه) اى لما في العزل في هذه الصورة (من ابطال حق الغير) وهو ان يحضره مجلس الحكم ويخاصمه وتثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز قيد بالطلب لانه لو لم يكن وكيلا بالمطلوب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اى المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا او غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان بطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب واما اذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء كان رضي به الطالب او لا وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكر في الذخيرة فانه قال فيها واذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين الاول ان يكون الوكيل وكيل الطالب وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لان الطالب العزل ابطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب وابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير ان يتوقف على حضرة غيره والوجه الثاني ان يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين ايضا الاول ان يكون الوكيل من غير التماس احد وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان التوكيل بالتماس احد اما الطالب واما القاضي وفي هذا الوجه الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لان هذه الوكالة غير نافذة لانه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل وكان العزل رجوعا وامتناعا فيصح وهذا على الرواية التي شرط علم التوكيل بصيرورته وكيلا وان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل او كان غائبا لكن قد علم بالوكالة ولم يردها فان كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب او سخط لان بالتوكيل ثبت نوع حق الطالب قبل الوكيل وهو حق ان يحضره مجلس القاضي فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا فيبطل حقه اصلا واما اذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه ان يطالب من المطلوب ان ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب اولا لان الطالب بالعزل

يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن يطلب من جهة الطالب او من يقوم
مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة اولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا انفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا
ولهذا لم يذكره المصنف رح وان علم ولم يرد بالم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات
الحق عليه وبالعزل حال غيبته فيبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه
الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المص رح لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال
حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه انتهى كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور اولا واجاب حيث قال فيه بحث فان
المذكور اولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء لشمله عموم كلام القدوري وجوابه ان القصر اضافي اي لا يعزل وكيل المطلوب انتهى
اقول جوابه ليس بتام فان المذكور اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب ايضا سيما الذي لم يكن
يطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الاضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم اقول الحق الصريح
ان الكلام الذي ذكره المص رح ههنا اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التي ذكرها صاحب
العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المص رح من ذلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلا المطلوب بطلب من جهة
الطالب فبقي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب وتمشى في ذلك كله التعليل الذي ذكره المص رح بقوله لان الوكالة حقه
فله ان يبطله فما عزاه الشارح المذكور من كون المذكور اولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب وكون بعض صور عزل الوكيل
المطلوب غير مذكور في الكتاب اصلا سهو بين (وصار) اي صار التوكيل الذي كان يطلب من جهة الطالب (كالوكالة التي
تضمنها عقد الرهن) اي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل
او المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا اراد الراهن ان يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك لان
البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كما ياتي تفصيله في كتاب الرهن وكذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من اعيان
الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان امره ان يبيع ويستوفي الدين من ثمنه كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من اين وقع
الفرق بين الوكيل في الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذي ثبتت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث
يملك الموكل في الاول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة المرتهن
اذا لم يرض به المرتهن مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل ومع وجود هذه المفارقة كيف يشبه هذا بذاك واجيب
بان الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب اصلا لانه يمكنه ان يخاصم
المطلوب واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة المرتهن لبطل حقه في البيع اذ لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع واما
وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في غيبته (قال) اي القدوري في
مختصره (فان لم يبلغه العزل) اي فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل اياه (فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم)
اي حتى يعلم الوكيل عزله وهذا عندنا وبه قال الشافعي رح في قول ومالك رحمه الله في رواية واحمد رح في رواية وقال الشافعي رح
في الاصح ينعزل وبه قال مالك رح في رواية واحمد رح في رواية لان نفوذ الوكالة بحق الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه وللانسان
ينفرد باسقاط حق نفسه الا يرى انه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ولان الوكالة للموكل لا عليه فلو لم ينفرد الموكل قبل علم
الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب



لا تثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فان اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى
ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ثم ان الفقه
فيما نحن فيه ما ذكره المص رح بقوله (لان في العزل) اي في عزل الوكيل من غير علمه (اضرارا به) اي بالوكيل من وجهين احدهما
اشار اليه بقوله (من حيث ابطال الولاية) فان في ابطال ولايته تكذيبا له لان الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء ان له ولاية ذلك
بالوكالة وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة والثاني
ما اشار اليه بقوله (او من حيث رجوع الحقوق اليه) اي الى الوكيل فانه يتصرف فيها بناء على رجوعها اليه (فينقد من مال
الموكل) ان كان وكيلا بالشراء (ويسلم المبيع) ان كان وكيلا بالبيع فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف واقعا له (فيضمنه)
اي فيضمن ما نقده وما سلمه (فيتضرر به) والضرر مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق
والبيع والشراء وغير ذلك واما الوجه الثاني فمختص بالتصرفات التي يرجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما وعن
هذا قال المص رح (ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول) يعني ان التوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو
عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفي الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل
ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى قال في المحيط البرهاني واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم اوكله لم يكن
ذلك عزلا هكذا ذكر في الاجناس في مسائل البيوع وفي مسائل الغصب من الاجناس ايضا اذا قال اشهدوا اني لم اوكله فلانا
فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشائخنا ذكروا في شروحهم ان جحود الموكل الوكالة عزل الوكيل وذكر شيخ الاسلام في
شرح كتاب الشركة ان جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا قال المص رح (وقد ذكرنا اشتراط العدد
او العدالة في المخبر) اشار به الى ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى
يشهد عنده شاهدان او رجل عدل (فلا نعيده) لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا
عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امرأة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل فعندهما وعند ابي حنيفة رح لا يثبت العزل الا بخبر الواحد
العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن المخبر على وجه الرسالة واما اذا كان على وجهها فيثبت
به العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا نص عليه في البدائع وقال
في تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان (قال) اي القدوري
في مختصره (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا) بالباء المكسورة اي دائما ومنه الحمى المطبقة اي الدائمة
التي لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا اي مستوعبا من اطبق الغيم السماء اذا استوعبها (ولحاقه) بفتح اللام اي وتبطل ملحق
التوكيل (بدار الحرب مرتدا) لو في الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب في المجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة
بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب واما اذا كانت الوكالة لازمة
بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل
بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الانشاء ولو انشاء الموكل
الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تبقى الوكالة اذا صار الموكل بهذه الصفة واما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل

على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الانشاء وكان الوكيل في تدبره الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة اخرى ثم جن المهلك فانه لا يبطل ملكه كما لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله اما في موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى اقول في المنقول من التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لان الظاهر من عبارته ان يكون الامر باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب في الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من ان صفة الوكالة هي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه اذ الظاهر ان المذكور هناك صفتها العامة لجميع انواعها اللهم الا ان يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في احد القسمين المذكورين لعارض هو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل قال المص رح في تعليل مسئلة الكتاب (لان التوكيل تصرف غير لازم) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف على وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل اقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضى من الجانبين متحقق في كل عقد لازما كان او غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين ليس بصحيح والصواب ان يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك الخ (فيكون لدوامه) اي لدوام التوكيل (حكم ابتدائه) لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم يفسخه جعل تركه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه اقامة التمكن مقام المبتدى والمنتهى كما قالوا في قوله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فيثبته فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلا بد من قيام الامر) اي فلا بد من قيام امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذ كان لا بد من امره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته (وقد بطل) اي امر الموكل (بهذه العوارض) وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض كذا في الشروح (وشرط) اي شرط في بطلان الوكالة (ان يكون الجنون مطبقا لان قليله) اي قليل الجنون (بمنزلة الاغماء) فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالاغماء (وحد المطبق) اي حد الجنون المطبق (شهر عند ابي يوسف رح) وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح (اعتبارا بما يسقط به الصوم) اي صوم شهر رمضان وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قاله ابو حنيفة رح انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الآجل فكان طويلا (وعنه) اي عن ابي يوسف رح (اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار) اي فصار من جن في هذه المدة (كالميت) فلا يصلح للوكالة (وقال محمد رح حول كامل) قال الناطفي في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد رح في قوله الاول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع فقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة (لانه يسقط به) اي بالحول الكامل



(جميع العبادات) واما ما دون الحول فلا يسقط به الزكوة لان وجوبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت (فقدر به) اي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل (احتياطا) قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين (قالوا) اي المشائخ (الحكم المذكور في اللحاق) اي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو ما ذكر من بطلان الوكالة بلحاقه بدار الحرب مرتدا (قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) قال المص رح في باب احكام المرتدين من كتاب السير اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه انتهى وقال الشراح هناك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف اقول فقد تلخص من ذلك ان مراده ههنا ان بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لانها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد (فان اسلم نفذ) اي فان اسلم المرتد نفذ تصرفه السابق (وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه) حتى يستقر امر اللحاق (وقد مر في السير) اي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند ابي حنيفة رح نافذا عندهما مع ما ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب احكام المرتدين من كتاب السير واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال فيما نسب الى ابي حنيفة رح نظر اذ المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند ابي حنيفة رح ايضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل ان يقضي بذلك وقول ابي حنيفة رح في السير انه حربي مشهور غير انه ترجى اسلامه فتوقفنا فان اسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات او لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لا بد من الحكم به فينبغي ان يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده انتهى كلامه واقول ههنا كلام آخر وهو ان الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المص رح ههنا عن المشائخ حيث قال في فصل ما يبطل الارتداد من باب الردة واحكام اهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم انتهى فانه صريح في ان الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول ابي حنيفة رح فقط فان قلت يجوز ان يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان ان يحكم الحاكم بلحاقه بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسئلة الكتاب ايضا حتى يكون المسئلة اجماعية ويتخلص عن التكلف الذي ارتكبوه في تخصيصها بقول ابي حنيفة رح ثم اقول الحق عندي ان المراد بما ذكر في الكتاب اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع انتهى ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق ان اساطين المشائخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند ابي حنيفة رح بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان انواع الاربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابي حنيفة رح يتوقف هذه التصرفات فان اسلم تنفذ وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات انتهى ومنهم الامام قاضيخان فانه قال في فتاواه اثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند ابي حنيفة رح هذه التصرفات موقوفة فان اسلم نفذ وان مات او قتل او قضى بلحاقه بدار الحرب يبطل وعند صاحبيه تنفذ في الحال انتهى الى

غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال في باب المرتد وتوقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته ان
اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق وحكم به بطل انتهى (وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) اي بالاجماع
(حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها) لانها لا تقتل (على ما عرف) في السير قال بعض العلماء
بعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق فينبغي ان يقول في قوله السابق
وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى اقول هذا خبط منه فانه زعم ان مراد المص ره بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق
بدار الحرب ان وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب واخذ منه بطريق مفهوم المخالفة ان الرجل الموكل
اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق وليس مراده ذلك بل مراده ان تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة
او لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند ابي حنيفة رح بعد ارتداد
موكله بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا واما بطلان الوكالة فلا يتحقق في الصورتين معا قبل الموت او اللحوق بدار الحرب
فانتظم السباق واللحاق ثم اعلم ان كون الوكيل على وكالته في صورة ان كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان
ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من
ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعدما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا في المبسوط وذكر في الشروح (قال)
اي القدوري في مختصره (واذا وكل المكاتب ثم عجز) اي عجز عن اداء بدل الكتابة فعاد الى الرق (او المأذون له) اي او وكل
العبد المأذون له (ثم حجر عليه) اي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعيوب او الخصومات (او الشريكان)
او وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما يليه بنفسه (فافترقا) اي فافترق الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) اي العجز والحجر والافتراق
(تبطل الوكالة على الوكيل علم) اي علم الوكيل بذلك (او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل) اي
قيام الامر (بالحجر) في المأذون له (والعجز) في المكاتب (والافتراق) في الشريكين واما اذا كان توكيل المكاتب او العبد
المأذون له بقضاء الدين او التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان في كل شيء وليه العبد لا تسقط
المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله
على الوكالة كما لو وكل ثم ارتد بعد العجز او الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهد
انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار
وكيلا من جهتهما فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط ولقائل ان يقول هذا
لا يفصل بين ما يليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما يليه كان للتوكيل جهتان جهة مباشرته وجهة
كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في
حقهما واذا وكل فيما لم يله كان للتوكيل جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل
احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين
وكيل من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان ان كلا من الشريكين
في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا
من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جاز على الاصل الا في



الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هنا لفظه يعني ان احد شريكي العنان او المفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة
على ما ذكره القدوري ولكن ذلك خلاف الرواية الاخرى التي اشار الى ما قال محمد رح في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت
لك وهو الذي يلي ذلك ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل امضى الذي كان وكل به وهو يعلم او لا يعلم فانه يجوز ذلك
كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما بنقض الوكالة الى هنا لفظ محمد رح في باب
وكالة احد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية ابهم الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان
القدوري اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان المتضمن وهو عقد الشركة اذا بطل بطل
ما في ضمنه لا محالة والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية انتهى اقول ان قوله والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ليس بتمام
لا محالة اذ على تقدير ان يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء
لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل وفي الرواية المذكورة ايضا اشارة الى ذلك فان قول محمد رح في الاصل اذا وكل
احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احترازا عن التوكيل بشيء لم يله كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب
الغاية والا يلزم ان يكون ظاهر اطلاق قوله مخالفا للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد وتاويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالتزام
فلا وجه لذلك القول بعد ان قيده ايضا واوله بتاويل بعيد كما ترى (ولا فرق بين العلم وعدمه) اي لا فرق في الوجوه المذكورة
بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك (لان هذا عزل حكمي) اي عزل من طريق الحكم (فلا يتوقف على
العلم) اذ العلم شرط العزل القصدي دون العزل الحكمي (كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل) اي اذا وكل ببيعه الموكل حيث يصير
الوكيل معزولا علم او لا لفوات محل تصرف الوكيل (قال) اي القدوري في مختصره (واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا
بطلت الوكالة) لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال
المص ره في تعليل ما ذكره (لانه لا يصح امره) اي امر الوكيل (بعد جنونه وموته) واللام في قوله لا يصح امره مصدر مضاف الى
المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتداء وكذا في النهاية اقول ههنا شيء
لا يستدرك اذ لا يخفى على احد انه ان ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة تعليل الجدوى لانه بين غني البيان لا يقال المراد
بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور
ان الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره لا يندفع بالتعليل الذي ذكره المص ره لان الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى
الوكيل الميت الا انه يحتمل ان يبقى صحيحا بالنظر الى صاحبه الحي فلا يتم التقريب (وان لحق) اي الوكيل (بدار الحرب مرتدا لم يجز
له التصرف الا ان يعود) من دار الحرب الى دار الاسلام (مسلما) هذا اذا حكم القاضي بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام في المبسوط و
ان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا اشار اليه شمس الائمة السرخسي في
مبسوطه حيث قال فلو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي
بلحاقه فقد موته او جعله من اهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية وغيرها (قال) اي قال المص ره (وهذا) اي
جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما (عند محمد رح فاما عند ابي يوسف ره لا تعود الوكالة) وان عاد مسلما (لمحمد ره ان
الوكالة اطلاق) اي اطلاق التصرف (لانه) اي الوكالة بتاويل التوكيل او العقد او باعتبار الخبر (رفع المانع) فان الوكيل كان ممنوعا
شرعا عن ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع (اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) اي بالوكيل يعني ان الوكيل لا يحدث

فيه الهلية دولاية بل انما تتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له (وانما عجز) اي وانما عجز الوكيل
عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعني ان الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ولكن انما
عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض (فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا) وفي المبسوط ومحمد رح يقول صحت الوكالة لحق
الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف لعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال كان لم يكن فبقي الوكيل
على وكالته فصار بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا ثم افاق (ولابي يوسف رح انه) اي التوكيل (اثبات ولاية التنفيذ) اي تمليك ولاية تنفيذ
التصرف في حق الوكالة للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له (لان ولاية اصل التصرف) ثابتة له (باهليته) بجنس التصرف في حد الموكل
ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) اي وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ
بالوكالة (وباللحاق) اي باللحاق بدار الحرب (لحق) اي الوكيل (بالاموات) فبطل الملك (وبطلت الولاية) اي اذا بطلت
الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة (فلا تعود) اي الولاية يعني اذا بطلت الولاية فلا تعود (كملكه في ام الولد والمدبر)
فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تعتق ام ولده ومدبره ثم يعود مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود
واشار اليه بقوله لحق بالاموات الى ان وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم
جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب الكفاية بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله
انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده
والثانية لم يكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى اقول ان قوله لان ولاية اصل التصرف
باهليته ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك وهو
لا اثبات ولاية اصل التصرف كما اشرنا اليه في شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف
له حتى يجوز ان تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد رح لان ولاية اصل التصرف ثابتة له باهليته في حد ذاته فلا يتصور ان يثبتها الموكل له
بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهي لا اثبات
ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال (ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا) اي وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى
القاضي بلحاقه صرح به في المبسوط وغيره (لا تعود الوكالة في الظاهر) اي في ظاهر الرواية (وعن محمد رح انها) اي الوكالة تعود
(كما قال في الوكيل) وفي السير الكبير يقول محمد رح يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم
ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد
الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا في المبسوط (والفرق له على الظاهر) يعني ان محمدا رح فرق بين الفصلين اي بين ارتداد الوكيل و
بين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال يعود الوكالة في ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما في جميع الروايات وبعدم عودها في ارتداد الموكل
اذا عاد مسلما في ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية (ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال) اي وقد
زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات (وفي حق الوكيل) اي ومبنى الوكالة في حق الوكيل (على
معنى قائم به) اي بالوكيل كما بيناه من قبل (ولم يزل) اي ولم يزل المعنى القائم به (باللحاق) اي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء
القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كان لم يكن كما ذكرنا
فيما مر واما ابو يوسف رح فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا (قال) اي القدوري في مختصره (ومن وكل



آخر بشيء) من الاثبات او الاسقاطات (ثم تصرف) اي الموكل (بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) الى هنا لفظ القدوري قال اي
المص ره (وهذا اللفظ ينتظم وجوها) كثيرة من المسائل (مثل ان يوكله) اي الآخر (باعتاق عبده) اي عبد الموكل (او بكتابته)
اي بكتابة عبده (فاعتقه) اي اعتق ذلك العبد (او كاتبه الموكل بنفسه) فان الوكالة تبطل حينئذ (او يوكله بتزويج امراة) اي
او ان يوكله بتزويج امراة معينة اياه (او بشراء شيء) اي او ان يوكله بشراء شيء بعينه له (ففعله بنفسه) اي ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بان
تزوجها بنفسه او اشتراه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة (او يوكله بطلاق امراته فطلقها الزوج) وهو الموكل (ثلثا) اي
ثلث تطليقات (او واحدة) اي او طلقها طلقة واحدة (وانقضت عدتها) فان الوكالة تبطل هناك ايضا ولا يكون للموكل
بعد ذلك ان يطلقها وانما قيد بالثلث وقيد بالواحدة بانقضاء العدة والمراد بها ما دون الثلث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة
واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة واما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلثا فلا يملك الوكيل
طلاقها لا في العدة ولا بعدها والاصل فيه ان كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله ايضا قادرا عليه والا فلا كذا ذكره في النهاية
والعناية اقول في هذا الاصل نوع اشكال اذ لطالب ان يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امراة
فان الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يتزوجها منه كما صرح به في عامة الكتب وذكر المص ره ايضا فيما بعد مع
ان الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة اخرى فلم يقدر الوكيل ايضا على ان يزوجها منه مرة اخرى وعلل في البدائع عدم قدرة
الوكيل عليه بان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية والظاهر ان هذا
التعليل يقتضي ان لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا فان قيل لبطلان
الوكالة في مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المص ره فيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة
في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد يقع الحاجة الى تكرار الطلاق لتشديد الفرقة لانا نقول قد تقع
الحاجة الى التزويج مرة اخرى ايضا فلم يتضح الفرق فتامل (او بالخلع) اي او ان يوكله بان يخالع امراته (فخالعها) اي فخالعها الموكل
(بنفسه) فان الوكالة تبطل هناك ايضا قال المص ره في تعليل المسائل المذكورة كلها (لانه) اي الموكل (لما تصرف
فيما وكل به) بنفسه (تعذر على الوكيل التصرف) في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل (فبطلت الوكالة) في جميع ما ذكر (حتى
لو تزوجها) اي لو تزوج الموكل المراة التي وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وابانها) اي ابانها بعد ان تزوجها بنفسها (لم يكن للوكيل
ان يزوجها منه) اي لم يكن للوكيل ان يزوج المراة المبانة من الموكل مرة اخرى (لان الحاجة قد انقضت) اي
لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه اقول ههنا كلام اما اولا فلان تفريع هذه المسئلة يجيء على التعليل الذي ذكره لبطلان
الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتام اذ الموكل انما تصرف بنفسه في تزوجها مرة اولى فهو الذي تعذر على الوكيل التصرف
فيه على موجب التعليل المذكور وفحوى هذه المسئلة ان لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة اخرى ولا تاثير فيه للتعليل المذكور
لان الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى ان يترك اداة التفريع ويذكر هذه المسئلة
على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتبرات واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان الحاجة الى تزوجها
مرة اولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة الى تزوجها مرة اخرى فلا يتم التقريب وان اراد بذلك ان الحاجة الى
تزوجها مطلقا قد انقضت فهو مسلم اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امراة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى في تعليل
هذه المسئلة ما ذكر في البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية

(بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل) اى بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التى وكل بتزويجها من الموكل (وابانها) اى وابانها بعد ان تزوجها حيث يكون (له ان يزوج) الوكيل تلك المرأة المبانة (لبقاء الحاجة) اى لبقاء حاجة الموكل الى تزويجها (وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه) اى فباع الموكل العبد بنفسه يعنى بطلت الوكالة فى هذه الصورة ايضا (فلو رد) وفى عليه اى فلو رد العبد على الموكل (بعيب بقضاء قاض فعن ابى يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى) روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به فى الذخيرة (لان بيعه بنفسه) اى لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه (منع له من التصرف) حكما (فصار كالعزل) اى فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة (وقال محمد رح له) اى للوكيل (ان يبيعه) اى ان يبيع ذلك العبد (مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه) اى لان الوكالة تناول التوكيل او العقد او باعتبار الخبر وقد غير مرة (اطلاق) اى اطلاق التصرف وهو باق فالامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل (والعجز قد زال) اى وعجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضى لان الموكل اذا قبضه قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لان بغير القضاء كالعقد المبتدأ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء واعلم انه ذكر فى المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضى من غير خلاف فى جواز البيع ووضع المسئلة فى الامة فقال ولو باعها او الامر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء او بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدأ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غيرها بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف ايضا فى المسئلة المذكورة فى الاصل ولا فى الكافى للحاكم الشهيد ولا فى شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابى ولكن ذكره القدورى فى شرحه فقال قال ابو يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد رح له ان يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد ان ذكر الخلاف بين ابى يوسف ومحمد رحمهما الله فى المسئلة المذكورة قال ولو وكله ان يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع فى هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل ان يهبه ومحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه الفرق لم يتضح انتهى فقد اراد المص رح بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد رح فقال (بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب) اى الموكل (بنفسه ثم رجع) عن هبته حيث (لم يكن للوكيل ان يهب ثانيا) مرة اخرى بالاجماع (لانه) اى لان الموكل الواهب بنفسه (مختار فى الرجوع فكان ذلك) اى كان رجوعه مختارا (دليل عدم الحاجة) الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها وكان دليلا على نقض الوكالة (اما الرد بقضاء) اى اما رد المبيع بقضاء القاضى على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) اى بغير اختيار الموكل (فلم يكن دليل زوال الحاجة) الى البيع اقول من العجائب ههنا ان الشارح العينى قال فى شرح قول المص رح اما الرد بقضاء اى اما رد الهبة بقضاء القاضى وفى شرح قوله بغير اختياره اى اختيار الواهب حيث زعم ان مراد المص رح بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضى وهذا مع كونه غير صحيح فى نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وما ذا يقول فى قوله (فاذا عاد اليه) اى الى الموكل (قديم ملكه كان له) اى للوكيل (ان يبيعه والله اعلم) فانه صريح فى ان مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر فى التتمة قال محمد رح لا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع ولو كانت الوكالة



باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها فاما الوكالة بالهبة فتنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه واذا رجع الموكل فى هبته عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال فى البدائع ثم هذه الاشياء التى ذكرنا انه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهى لا يفترق الحال فيها بينها اذا علم الوكيل بها او لم يعلم فى حق الخروج عن الوكالة لكن بينهما مفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فى يده ومات العبد قبل التسليم الى المشترى يرجع المشترى على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل فكذا لو دبره او اعتقه او استحق او كان حر الاصل وفيها اذا مات الموكل او جن او هلك العبد الذى وكل ببيعه او نحو ذلك لا يرجع والفرق ان الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل صار معزولا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر فى الاموات وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال الذى عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك فى يده كان لدافع الدين ان ياخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه وكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا الى هنا لفظ البدائع

## كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة التى هى اشهر انواع الوكالات سببا داعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا امورا من داب الشراح بيان امثالها فى اوائل الكتب وهى معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب العناية وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى عرف الفقهاء مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجى فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا ان يأول بالمشروط بالمطالبة اقول هذا ساقط لان كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافى استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشى لا يقتضى المباينة لذلك الشى الا يرى ان كل شى مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم ههنا ان يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التى هى نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوى والشرعى على وجه البسط والتفصيل واما سببها فما هو السبب الذى ذكرناه فى النكاح والبيوع لان دعوى المدعى لا يخلو اما ان يكون امرا راجعا الى بقاء نسله او امرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعها وكلاهما قد ذكرا واما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح فى غير هذا المجلس حتى لا تجب على المدعى عليه جواب المدعى ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعى على خصم حاضر ان يكون المدعى به شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب لما ان الفاسدة من الدعوى هى ان لا يكون الخصم حاضرا وان يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضى القضاء به وان لا يلزم على المطلوب شى بدعواه نحو ان يدعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر فى امر من اموره فان القاضى لا يسمع دعواه هذا اذا انكر الآخر لانه يمكنه عزله فى الحال واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم او بلى وهذا وجب على القاضى احضاره مجلس الحكم حتى يوفى ما استحق عليه من الجواب واما انواعها فشيئان دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهى احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا انكر وفى مثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعى بالبينة او بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد معنيين اما ان لا يكون ملزما للخصم شيئا وان ثبتت على ما قلنا من ان يدعى على غيره انه وكيله والثانى ان يكون مجهولا فى نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فلا يتمكن

القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى اقول في تحريره نوع اختلال واضطراب فان قوله واما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان تعلق به حكم على المطلوب يدل على ان لصحتها شروطا اربعة وهي مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعى شيئا معلوما وان تعلق به حكم على المطلوب ويقتضي هذا ان يكون فسادها باحد امور اربعة وهي انتفاءات هذه الشروط الاربعة وهي قوله كما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه في الحال يشعر بان فسادها انما هو بامور ثلثة وهي عدم حضور الخصم وان يكون المدعى مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على ان المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ كما في قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف في علم العربية وان قوله وفساد الدعوى باحد معنيين الى آخره ما يدل على ان فسادها باحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد الحصر نحو ضربي زيدا في الدار على ما نص عليه العلامة التفتازاني في شرح التلخيص ثم ان قوله واما انواعها فشيئان لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطاة (وقال) اي القدوري في مختصره (والمدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) وزاد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في تتمة المدعي من لا يجبر على الخصومة وقال في شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لانه غير مجبور حالتي الترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى اقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم ان ينتقض تعريف المدعي بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه في هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله واما ايهام القيد المذكور لاختصاص الحكم لا نذكر فانه بشهادة ضرورة الفعل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) اي بين المدعي والمدعى عليه (من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من انكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما (وقد اختلف عبارات المشايخ فيه) اي في الفرق بينهما (فمنها ما قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري (وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة) وهي البينة او الاقرار والنكول على قول من يرى انه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين (كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد) قال صاحب العناية وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة انتهى اقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين احدهما انه تقبل في صورة الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئا فلا يصدق عليه انه يستحق بحجة ثم اقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجيء في الكتاب ان الاعتبار عند الحذاق من اصحابنا للمعاني دون الصورة فلهذا ان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز ان يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورتين فح لا ضير في عدم تناول تعريف المدعي صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة او معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان المودع من حيث انه مودع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة واما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبرة (وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى اقول ويمكن الجواب عن هذا ايضا بان دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على ان الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه (فان قلت صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث



بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها ايضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على ان يكون مستحقا مجازا ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر ان يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه واجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدرس السابق ان لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فلعل في العدول عن ان يقول ان المستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا بقوله اشارة الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما له لان الاسم على الدوام والثبات انتهى اقول في كل من شقي جوابه نظر اما في شقه الاول فلانا سلمنا لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في اوائل الباب السابق ولكن لا نسلم ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فتأمل واما في شقه الثاني فانه لا يذهب على من له دراية بالعلوم الادبية انه لا فرق بين ان يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله في افادة التجدد والحدوث لان صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية تدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الخبر اسما في الثانية مما لا مدخل له في افادة الدوام والثبات اصلا على ان الثقات من محققي النحاة كالرضي واضرابه صرحوا بان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا او حالا او استقبالا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ كان الا ترى انه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال ان يكون كن ويكون للاستمرار ايضا وقول المص ره فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما او منقطعا رد على ذلك القائل يعني انه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على احد الامرين بل ذلك الى القرينة الى هنا كلامه فقد تقرر من هذا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين وانما ذهب اليه بعض ذهولا واما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فمما لم يذهب اليه احد قط فما ذكره ذلك المجيب خارج من قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس (وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) قال صاحب العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل وكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مودع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان انتهى اقول فيه بحث اذ لا نسلم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس بمتمسك بالظاهر قوله اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مودع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على تعريفيهما وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول ايضا بانه مودع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه حد عام صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة ايضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة واما على تقدير ان كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس اصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث

قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شئ من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشئ في ذمته بخلاف صورة الدين واشير اليه هنا في الكافي انتهى اقول نعم قد اشير اليه بل صرح به في الكافي وغامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن له بعد ذلك عليه ان يقول سلمنا ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شئ من المال ولكن في عهدته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انما عقد استحفاظ وان حكمها وجوب الحفظ على المودع وكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس بحاصل بعد الاشتغال فيمشي كلامه ويتم مرامه واما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة في ذمته بدفع الدين الخ فيجوز ان يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين في كون الفراغ ليس بحاصل بعد الاشتغال وان كانا مختلفتين بكون الاشتغال في احدهما بالمال وفي الاخرى بالحفظ فالذي يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا ما قدمناه لا غير (وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح) لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وروي اليمين على المدعى عليه (ولكن الشان في معرفته) اي معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) اي بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من اصحابنا رضي الله عنهم لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين قال صاحب العناية يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه انتهى اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح اما اولا فلانه غير مطابق للمشروح لان قول المص رح والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير وقول صاحب العناية فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها مخالف له لانه صريح في ان الصورة ايضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احديهما على الاخرى واما ثانيا فلان اول هذا الشرح مخالف لآخره فان قوله في الاول اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة وقوله في الآخر فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح في ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين هي الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد ايضا فلا يظهر ترجيح المعنوي انتهى اقول هذا ايضا غير صحيح اما اولا فلان الشرح لا يطابق المشروح ايضا فان قول المص رح لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على ان المراد بالصورة ههنا الادعاء الصوري حيث جعل الصورة قيدا للادعاء في قوله وان كان مدعيا للرد صورة واما ثانيا فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصوري والانكار المعنوي لانه اما ان يراد بالتعارض ههنا مجرد التخالف في الحقيقة والتنافي في الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصوري والانكار المعنوي اما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر واما عدم تحقق الثاني بينهما فلان المنكر المعنوي فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصوري هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافي بين انكاريهما في الصدق لجواز ان يصدقا معا بان لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه بهلاك الوديعة في يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شئ من معنى التعارض بينهما فكيف يصح ان يحمل عليه الجهتان في قوله يعني اذا تعارض الجهتان وايضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما في محل واحد و



محل الانكار الصوري مغاير لمحل الانكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام احدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصوري والانكار المعنوي فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم ما قيل ولن يصلح العطار ما افسده الدهر ثم ان الحق عندي ان يشرح هذا المقام على ما يقتضيه عبارة المص ره وهو انه اذا تعارضت الجهتان اي جهة الادعاء الصوري وجهة الانكار المعنوي فالترجيح بالفقه اي بالمعنى عند الحذاق من اصحابنا فان الاعتبار للمعاني دون الصورة فالمودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وان يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصور انما يقبل بينة المودع اذا اقامها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد يقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية في مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعي الزيادة فان اقامت بينة قبلت وان اقام الزوج تقبل ايضا لان البينة تقبل لدفع اليمين كما اذا اقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل انتهى فيتضح المراد ويرتفع الفساد (قال) اي القدوري في مختصره (ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه) كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك (وقدره) مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا واعلم ان هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين فان العين اذا كانت حاضرة يكفي الاشارة اليها بان هذه ملك لي وان كانت غائبة يجب ان ذكر قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارة الكتاب لا تدل على التقييد قلت نعم الا ان العبارة وقعت كذلك في غاية معتبرات المتون فلعلها بناء على افهام المراد بها ما يذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه ايضاحا للمقام واما بعض المتاخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة قال المص ره في تعليل المسئلة المذكورة (ولان فائدة الدعوى الالزام) على الخصم (بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق) اقول فيه بحث وهو ان عدم تحقق الالزام في المجهول ممنوع اذ قد تقرر في كتاب الاقرار ان الاقرار بالمجهول صحيح وقد مر في صدر كتاب الدعوى ان حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان اجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه في المجهول ايضا لكونه مواخذا باقراره فينبغي ان يصح الدعوى فيه ايضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة ان الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب لا يقال اقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الالزام في دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد بتحقق الالزام الذي عد فائدة الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل والا يلزم ان لا يتحقق الفائدة في كثير من دعاوي المعلوم ايضا كما اذا عجز المدعي عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل انكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا (فان كان) اي المدعى (عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها) اي كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم (ليشير) اي المدعي (اليها بالدعوى) هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره قال المص ره (وكذا في الشهادة والاستحلاف) يعني اذا شهد الشهود على العين المدعاة او استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند اداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف (ولان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف) حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها او بعث امينا كذا في الكافي وغيره (ويتعلق بالدعوى) اي بالدعوى الصحيحة بمجردها كذا في النهاية ومعراج الدراية (وجوب الحضور) اي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي (وعلى هذه القضاة) اي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك

هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب (من آخرهم) اي من آخرهم الى اولهم وقال صاحب النهاية اي باجمعهم وهذا ايضا صحيح بالنظر الى المال وقال تاج الشريعة اي من اولهم الى آخرهم واقتفى اثره صاحب العناية وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى (في كل عصر) فان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلي رضي الله عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن ابي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه ابو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع (ووجوب الجواب اذا حضر) عطف على وجوب الحضور اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلى (ليفيد حضوره) اي حضور الخصم فان المقصود من حضور الجواب (ولزوم احضار العين المدعاة) اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم ان يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضي (لما قلنا) اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى (واليمين) بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم اليمين على المدعى عليه (اذا انكره) اي اذا انكر المدعى عليه ادعاه المدعي وعجز المدعي عن البينة (وسنذكره ان شاء الله تعالى) اي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب (قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) هذا لفظ القدوري في مختصره اي وان لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدري مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعى معلوما) فيصح الدعوى بوقوعها على معلوم (لان العين لا تعرف بالوصف) لامكان مشاركة اعيان كثيرة فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد (والقيمة تعرف به) اي والقيمة شيء تعرف العين به (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة يعرف به اي والقيمة شيء تعرف به العين والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك اقصى ما يمكن الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختيار ثم الاختيار (وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعي قيمته وصفته سمع دعواه ويقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك ام قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به انتهى وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوي اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته انتهى وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتامل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق انتهى اقول يرد عليه ان ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان او عينا فيقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا مع انهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول نعم انه رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغائبة فقط ويمكن ان يقال في دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهي ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به وبقي بيان الفائدة لها غيرها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور



دعوى المجهول اذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد حينئذ ان يقال ان مثل تلك العلة المذكورة يتحقق في غير تلك الصورة ايضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها او لم يعرف احدهما فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها او قدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن ان يعرفهما عند كونه في ذمم الناس فينبغي ان يصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة لمثل ما قيل في صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به احد ثم اقول الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى ان في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضي بعد ان يسمع هذه الدعوى ويقبل هذه الشهادة ثم يحكم للمدعي على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول الجبر عليه انما يصح لو اقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث اجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الاقرار واما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يجمل شيئا فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر في الكتاب ان العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وايضا اذا حكم القاضي برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردها الى صاحبها ولم يردها عليه فالقاضي ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الاشكال وان لم يحكم بها يضيع حق المدعي ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل القاضي لا يحكم على الخصم بشيء من المال بل يجبر برد العين المدعاة الى المدعي ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هي الحبس قلنا الى متى يحبسه ان حبسه ابدا يصير ظالما له بعد ان ظهر عجزه عن ردها الى المدعي بان يمضي على الحبس مدة يعلم بها انه لو بقيت العين المدعاة لاظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب وان كان حبسه الى مدة ظهور عجزه عن رده الى المدعي ثم خلى سبيله من غير ان يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعد في الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الاشكال (قال) اي القدوري في مختصره (فان ادعى عقارا حدده) اي ذكر المدعي حدوده (وذكر انه) اي العقار (في يد المدعى عليه وانه يطالبه به) اي وذكر ان المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى اقول هكذا وقع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر منه ان ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية ايضا بانه اذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في الخلاصة يصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر او القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى ايضا بان الفقهاء اختلفوا في البداية فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلا من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ اولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال ابو زيد البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد قال في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن

احسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الام اسمه ذان جعفرا في الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى
الاخص فيقول ابن محمد وهذا اخص فان عرف والا ترقى الى الحد انتهى وقال في المحيط اختلف اهل الشروط في البداية بالاعم او بالاخص
واهل العلم بالخيار في البداية بايهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله ثلث اختلافات اهل الشروط انه ينزل من الاعم الى الاخص
او من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله ان ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لابد
ايضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر قال المص ره في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار (لانه تعذر التعريف بالاشارة
لتعذر النقل) اى نقل العقار (فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به) اقول لقائل ان يقول ان تعذر النقل لا يقتضى
تعذر التعريف بالاشارة لجواز ان يحضر القاضى عند العقار او يبعث امينه اليه فيشير المدعى اليه في محضر القاضى او امينه بعين ما قالوا في المنقولات
التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بان المنقولات التى يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضى او امينه
عندها لعدم تاديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضى بحضوره عندها او بعث امينه اليها لادى الى الحرج فافترقا (ويذكر
الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابى حنيفة ره
على ما عرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما ان ذكر الاب يكفى (ولو كان الرجل مشهورا) مثل ابى حنيفة ره وابن ابى ليلى
(يكتفى بذكره) يعنى لا حاجة الى ذكر الاب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب وفى الدار لابد من التحديد وان كانت
مشهورة عند ابى حنيفة ره وعندهما لا يشترط لان الشهرة معنية عنه وله ان قدرها لا تصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافى وغيره
(فان ذكر ثلثة من الحدود ويكتفى بها عندنا خلافا لزفر ره لوجود الاكثر) وبيل لنا يعنى ان اقامة الاكثر مقام الكل اصل في
الشرع فنعمل به ههنا ايضا (بخلاف ما اذا غلط في الرابعة) اى في الحد الرابع وانث المص ره باعتبار الجهة يعنى اذا ذكر الحدود الثلثة
وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر ره واما اذا ذكر الحد الرابع ايضا وغلط فيه فلا يجوز بالاتفاق بيننا وبين زفر ره (لانه يختلف به)
اى بالغلط (المدعى ولا كذلك تركها) ونظيره ما اذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز
شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر ره الترك على الغلط (وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط
في الشهادة) فيجرى في الثانية ما يجرى في الاولى (وقوله في الكتاب) اى قول القدورى في مختصره (وذكر انه) يعنى العقار
(في يد المدعى عليه لا بد منه لانه) اى المدعى عليه (انما ينتصب خصما) اى في دعوى العين (اذا كانت في يده) اى
اذا كان المدعى في يده (وفى العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه انه) اى العقار (في يده بل لا يثبت
اليد فيه الا بالبينة) بان يشهد الشهود انهم عاينوا ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه
في يده لم يقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد ان يسألهم القاضى اعن معاينة تشهدون
ام عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى (او علم القاضى) عطف على البينة اى او يعلم القاضى ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى
عليه (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشائخ فان عندهم يكفى تصديق المدعى عليه انه في يده وانما لا يثبت اليد في العقار
الا بالبينة او علم القاضى على القول الصحيح (نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه) اى لعله (في يد غيرهما) اى غير
المدعى والمدعى عليه قال صاحب النهاية اى يحتمل انهما تواضعا على ان تصدق المدعى عليه المدعى بان العقار في يد المدعى عليه
ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في
مال الغير ويؤدى ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره انه في يد الثالث انتهى كلامه وقد اقتفى اثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى



صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العينى اقول هذا خبط عظيم منهم اما اولا فلان المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعى
على احد شيئا بل يصدق المدعى في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك ان تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور
هناك من القاضى الحكم باليد للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضى سابقة الدعوى واما ثانيا فلان الحكم من القاضى لا يصح الا بحجة
من البينة او الاقرار وقد انتفت تقسيمها في تلك الصورة اما انتفاء البينة فلان المفروض ان لا يقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه
واما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق الغير على نفسه ولا يخفى ان هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعى بالنسبة
الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم يتحقق الحجة اصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضى باليد للمدعى
عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه الخ والصواب ان مراد المص ره ههنا هو ان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما
يتواضعان على ان يصدق المدعى عليه المدعى في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعى البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له ليحكم
القاضى للمدعى بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذى كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضى ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره
في يد ذلك الغير ولقد افصح الامام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التى كذا وبين
حدودها فان القاضى لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة انها له لتوهم انهما تواضعا في محدود في يد ثالث على ان
يدعيه احدهما فيقول الآخر انها في يده ويقيم المدعى بينة عليه انها له والدار في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المسخر انتهى (بخلاف المنقول لان اليد فيه
مشاهدة) فلا مجال للمواضعة المذكورة (وقوله) اى قول القدورى في مختصره (وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه) قال صاحب العناية في عبارته
تسامح لانه يؤل الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول مكان معناه المطالب حقه فلا بد
من طلبه انتهى كلامه اقول كل من ايراده وجوابه ساقط اما سقوط الاول فلان الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو
راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعى فالمعنى المطالبة حق المدعى فلا بد من طلب المدعى حتى يجب على القاضى اعانته فلا مسامحة
اصلا واما سقوط الثانى فمن وجهين الاول ان المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذى دخل عليه
الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعى صار المعنى المدعى عليه حق المدعى ولا خفاء في فساده والثانى ان المدعى ايضا ليس بحق
المدعى البتة بل ان ثبت دعوى المدعى يكون المدعى حقه والا فلا ففى ابتداء الامر من اين ثبت انه حقه حتى يتم ان يقال هو حقه
فلا بد من طلبه اللهم الا ان يقال انه حقه في ابتداء الامر ايضا على زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى جعل المصدر
بمعنى المفعول ولا يخفى ان شان المص ره بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا يبعد ان يكون المطالبة اسم
مفعول والتانيث بتاويل الارض ونحوها انتهى اقول هذا بعيد عن الحق وابعد مما قاله صاحب العناية في جوابه اما الاول فلما ذكرناه
في سقوط جوابه صاحب العناية من الوجهين واما الثانى فلان مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التانيث وتاويل كل مطلوب
مذكر بمونث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية (ولانه يحتمل ان يكون) اى المدعى (مرهونا في يده)
اى في يد المدعى عليه (او محبوسا بالثمن في يده) فلا يصح الدعوى قبل اداء الدين او قبل اداء الثمن (وبالمطالبة
يزول هذا الاحتمال) اذ لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذى اليد قبل اداء الدين او الثمن (وعن
هذا) اى بسبب هذا الاحتمال (قالوا) اى المشائخ (في المنقول) اى في دعوى المنقول (يجب ان يقول في يده بغير حق)
اى يجب ان يقول المدعى هذا الشئ الذى ادعيه في يد المدعى عليه بغير حق ازالة لهذا الاحتمال فان العين في يد ذى اليد في تعينك تصورين
بحق اقول يرد عليه انه ان كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة كما

في دعوى العقار فينبغي ان لا يجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول كما لا يجب في دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف رحمه الله في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان الدين وهو لان المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول ويمكن ان يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام وهو ان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف رحمه الله في دعوى العقار وفي دعوى الدين لكن محله ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضي بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان اعلام المدعى باقصى ما يمكن شرط وذلك في المنقول لا يكون الا بالاشارة كما مر فما لم يحضر المنقول الى مجلس القاضي لم تحصل الاشارة اليه وما لم تحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به وما لم يصر معلوما بهذا لم يتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به يرشد اليه قول المصنف رحمه الله فيما سياتي لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة حيث يشير الى انه لا يبقى شيء يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة ولا شك ان احضار المنقول الى مجلس القاضي مما يتعلق به تمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعي ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه اذ ذاك ان يقول في يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضي ويصح للقاضي تكليفه باحضاره اليه والحاصل ان الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لاجل ان يجب على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها ثم ان زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعى الى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهي ان المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف رحمه الله وبهذا البسط والتحقيق تبين اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية اقول هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ثم ان ههنا كلمات اخرى للفضلاء المتاخرين فلا علينا ان ننقلها ونتكلم عليها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر اجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان درايته وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربوا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى بعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا يعتبر واما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها ليصح الدعوى انتهى ورد عليه هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح في الهداية والشروح بانه لا بد من المطالبة في العقار ايضا لنزول احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال واوجبوا دفعه في العقار ايضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر كذا قاله بعض الفضلاء وان اردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاسمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولي الفيض والالهام فاقول لا شك ان في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها بغير حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع اقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة الا يرى انهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة واما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو اتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو



في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية انه اذا كان في كلام مثبت او منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي لطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فاوجبوا ايراد تلك الزيادة ليندفع شبهة كون اليد بحق اد المنقول لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته لم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره ويلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما يذهب عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم به فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل ثم علم ان المطالبة في المنقول كالمطالبة في الدين ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار اي ههنا كلامه واقول ما ذكره ذلك الفاضل ههنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدي طائلا وما هو بذلك التلقيب حقيق اما اولا فلان خلاصة كلامه هي ان مدعي العقار لو اتى بتلك الزيادة وجعلها قيد الكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها اذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم ان شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متاخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي اطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست تامة لان الحاصل منها ان لا يصح الاتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على ان تجعل تلك الزيادة قيد الكلام الاول وهذا لا ينافي صحة الاتيان بها على ان تجعل كلاما مستقلا بان يقول المدعي انه في يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى ويصير متاخرا في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله اطالبه لانه كما ان حق ذكر المطالبة ان يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر ان يده بغير حق بعد ثبوتها او قيل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة ايضا في بيان ان يده بغير حق وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم الزيادة مطلقا في دعوى المنقول وبالجملة ان ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة قيد الكلام الاول لا وجه فقهي عام يجمع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا واما ثانيا فلانه ح يبقى الاشكال في المقام بان شبهة كون اليد بحق يندفع في دعوى المنقول ايضا بالمطالبة فينبغي ان يذكر الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تركت في دعوى العقار ولا ينحل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم علم ان المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة في المنقول ايضا فلا يدفع ان لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول فاستدراك الزيادة المذكورة فيه ح واما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله (قال) اي القدوري في مختصره (وان كان حقا في الذمة) اي وان كان المدعي حقا ثابتا في الذمة يعني ان كان دينا لا عينا (ذكر انه يطالبه به) يعني ذكر انه يطالبه به من غير ان يثبته بما فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر (لما قدمنا) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه (وهذا) اي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه) اي تعريف ما في الذمة وهو الدين (بالوصف) اي بالصفة فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره (لانه لا يعرف به) اي لان ما في الذمة يعرف بالوصف اي الصفة بان يقال انه جيد او وسط او رديء ان يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعي [illegible] ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير ان يكون مراد المصنف رحمه الله بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر

من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث معنى المقام ان يكون مراده به معنى البيان فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة ايضا بالبيان اذا بيان ما يحتاج الى ما ذكره من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة و فصول الاستروشني وبالجملة لا بد في جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف (قال) اي القدوري في مختصره (واذا صحت الدعوى) اي واذا صحت الدعوى بشروطها (سال) اي (القاضي المدعى عليه عنها) اي عن الدعوى (لينكشف وجه الحكم) اي لينكشف القاضي وجه الحكم اي طريقه ان ثبت حق المدعي فان الحكم منه يكون باحد امور ثلثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السوال لينكشف له طريق حكمه (فان اعترف قضى عليه بها) اي فان اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعى او بموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها واسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها كذا في الشروح وغيرها وقد اشار اليه المص ره بقوله (لان الاقرار موجب بنفسه فيامره) اي يامر القاضي المدعى عليه (بالخروج عنه) اي عما يوجبه الاقرار (وان انكر) اي المدعى عليه (سال المدعي البينة) اي طلب القاضي من المدعي البينة (لقوله عليه السلام) اي لقول النبي عليه الصلوة والسلام للمدعي (الك بينة فقال لا) اي قال المدعي لا بينة لي (فقال) اي قال النبي صلى الله عليه وسلم (لك يمينه) اي يمين المدعى عليه (سال) اي سال رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البينة (ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السوال) اي فلا بد للقاضي من السوال عن البينة (ليمكنه الاستحلاف) اي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (قال) اي القدوري في مختصره (فان احضرها) اي فان احضر المدعي البينة على وفق دعواه (قضى بها) اي قضى القاضي بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) اي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي اي البينة فعيلة من البيان لانها دلالة واضحة يظهر به الحق من الباطل وقيل فعيلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي (وان عجز عن ذلك) اي وان عجز المدعي عن احضار البينة (وطلب يمين خصمه) وهو المدعى عليه (استحلفه عليها) اي استحلف القاضي خصمه على دعواه (لما روينا) اشارة الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعي لا (ولا بد من طلبه) اي من طلب المدعي استحلاف خصمه (لان اليمين حقه) اي حق المدعي (الا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه) اي كيف اضيف اليمين الى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حقه وانما قال المص ره اضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التي هي مونث على تاويل القسم او الحلف قال صاحب الكافي والفقه فيه اي في كون اليمين حق المدعي ان المدعي يزعم انه اتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع ولا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي للمدعى لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه اولا ثم قام المدعي عليه البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر بما نقل عنه حيث قال وجه ذلك ان الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست



بمشروعة انتهى وقال بعض الفضلاء قوله كما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل يكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل فليتامل انتهى اقول بحثه هذا ليس بشيء لان مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كان اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية ايضا بقوله اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا ينبغي ان يدفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان النكول عن اليمين ليس بعجز عنها اذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعي بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم اقول بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضي ان لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين يقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزمه الحسن الشرعي فهو حسن شرعي ايضا فلا يكون الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتامل

## باب اليمين

قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب حكم اليمين انتهى اقول فيه شيء وهو ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجري على قول ابي يوسف ره وعلى قول محمد ره في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا للاقوال اكتفاء على انه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه ايضا حال اليمين اجمالا فهما مشتركان في الذكر الاجمالي فيما قبل هذا الباب واما تفاصيل احكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل احكام اليمين في هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي فالاولى ما قاله صاحب العناية من انه لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان اقول ما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان قلت الذي رتبه المص ره هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وشرائطها انتهى اقول هذا الكلام منه في معرض الجواب عما نقله من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وهو قال بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكانه ما فهم معنى صريح كلامه ثم اقول في دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين اخواتها بوضع باب مستقل لها او كتاب او فصل لكثرة مباحثها واحكامها او لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين سائر شروط الصلوة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل او فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب ايضا من ذلك القبيل ولهذا ترى التفاوت من اصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد مسائل اليمين بباب او فصل مستقل فليس ما صنعه المص ره ههنا محل الاستقباح ولا الاستبعاد كما لا يخفى (واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة ره) هذا لفظ القدوري قال المص ره (ومعناه حاضرة في المصر) يعني قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة اذا قال لي بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما اشار اليه المص ره بقوله فيما سياتي كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر

كان ان يقرن المص ره قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد اخر عن ذكر قول وطلب اليمين
لم يستحلف عند ابي حنيفة رح فاعل وجه امران احدهما ان المص ره استقبح قطع كلام القدوري الكلام نفسه فانتظر الى ان يتم جواب مسئلة
القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك
بالاتفاق وفي ما نحن فيه بالاختلاف فلم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح لم يظهر فائدة
هذا التفسير فاقتضى هذا السر تاخير المص ره قوله المذكور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح (**وقال ابو يوسف ره
يستحلف لان اليمين حقه**) اي حق المدعي (**بالحديث المعروف**) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر في تبيين هذا الباب
من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المص ره بالحديث المعروف بما فسر به سائر
الشراح ويجوز ان يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر اقول لا يذهب على من تتبع اساليب تحرير المص ره في كتاب هذا
انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما رويناه كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما
ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه لما عدل عن اسلوبه المقرر الا يرى كيف جرى
على الاسلوب في ذكر دليل ابي حنيفة رح حيث قال ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور
فيما قبل فالحق ان مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر اي ما جوزه صاحب
الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال ابو يوسف ره يستحلف لعموم قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المص ره لان اليمين حقه فان
كون اليمين حق المدعي تفهم من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث اضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص قلت
نعم ولكن يفهم ذلك ايضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فان كلمة على في قوله على من انكر تدل على
ان المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الاول اظهر لكن لا يوجب حمل كلام المصنف رح على خلاف
ما جرت عليه عادته المطردة (**فاذا طالبه به يحلفه**) اي اذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجب القاضي المدعي اي يحكم
له بيمين المدعى عليه او يجيب لمدعي عليه المدعي اي يحلفه (**ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن
اقامة البينة لما روينا**) من قوله عليه الصلوة والسلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي
عن البينة (**فلا يكون حقه دونه**) اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز عنها اقول لقائل
ان يقول ان كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على ان لا
يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة
عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر (**كما اذا كانت البينة
حاضرة في المجلس**) اي في مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا ههنا والجامع القدرة على اقامة البينة اقول
لابي يوسف رح ان يفرق بين الصورتين بان يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف
وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه بقرار المدعى عليه او بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف
ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض اعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل
باقامة البينة في الحال فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول



ابي حنيفة رح ههنا بطريق القياس ايضا كما يشعر به كلام المص ره (**ومحمد ره مع ابي يوسف ره فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة ره
فيما ذكره الطحاوي**) قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره
وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان ابا حنيفة رح قد روي عنه في ذلك ان القاضي
لا يستحلفه له المدعى عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد رح وقال ابو يوسف رح يستحلفه له على ذلك ولا
يمنعه من استحلافه له ذكره ان له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد رح اصلا كما ترى
ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا رح مع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي الا ترى ان القدوري قال في كتاب
التقريب قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد رح انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد ان ذكر انكار صاحب الغاية
على المص ره في جعله محمدا رح مع ابي حنيفة رح فيما ذكر الطحاوي وبعد ان نقل ما قال صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم
وقوف الطحاوي على ان محمدا رح مع ابي حنيفة رح لا يستلزم عدم وقوف غيره من المص ره وغيره انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان
الذي انكر فيه صاحب الغاية على المص ره انما هو اسناد المص ره رواية كون محمد رح مع ابي حنيفة رح الى الطحاوي بناء على ان
الطحاوي قد انكر هذه الرواية عن محمد رح بالكلية في مختصره فكيف يصح ان يسندها المص ره اليه وليس الذي انكر فيه صاحب
الغاية على المص ره صحة هذه الرواية عن محمد رح في اصلها حتى يتمشى ما قاله العيني من ان عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم
عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادي عليه الفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني (**قال**) اي
القدوري في مختصره (**ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر**) وجه الاستدلال
به ما اشار اليه المص ره بقوله (**قسم**) اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من انكر
(**والقسمة تنافي الشركة**) لان الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان وبقوله (**وجعل جنس الايمان على
المنكرين**) اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الاصول ان لام التعريف يحمل على الاستغراق ويقدم على
تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك (**وليس وراء الجنس شيء**) اي شيء من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى
ان جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المص ره الاستدلال بالحديث المزبور
على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى (**وفيه خلاف الشافعي رح**) اي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي ره قال
صاحب الكافي وعند الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضي
له والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه
يرد اليمين عليه فان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضي له لانه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث
الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده
انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان
حلف قضي له وان نكل لا يقضي له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر
يمينه وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له لما روي انه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد
ويمين ويروى انه عليه الصلوة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض
ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهل بن ابي صالح وانكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا عن ان يكون معارضا

المشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فكيف فيه دلالة على ان يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه و (عين المدعي) نحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير الى هنا كلامه (قال) اي القدوري في مختصره (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض لسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء او الارث او نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد هذا فان قيل اما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من زيادة النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز الى هنا كلامه وقد اورد بعض الفضلاء على جوابه عن السوال الاول بانه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السوال الثاني بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسواله اصلا اقول ايراده الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسوداتي قبل ان ارى ما كتبه واما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدعي الزيادة المذكورة في الصور المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده واما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى ابتداء مقصودة بالاصالة فمتى جرى الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه اصلا ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المص ره فيما قبل وتقرر عندهم وهو المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا معينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه او ابراءه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء او الابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه ثم اقول بقي لنا كلام في اثناء جواب صاحب العناية عن السوال الاول وهو انه بين الزيادة التي تدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان والثاني ليس بظاهر الصحة لان معنى كون احدهما قابضا في الصورة الثانية ان يكون المدعى في يده بالفعل لا ان تثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى ان كون المدعى في يد القابض في تلك الصورة امر معاين لا يدعيه ذو اليد اصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر ان بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام فالحق ان يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر (وبينة الخارج اولى) يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى



بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المص ره بقوله (وقال الشافعي ره يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد) اي لتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك (فيتقوى الظهور) اي فيتقوى ظهور المدعى (وصار) اي صار حكم هذه المسئلة (كالنتاج) اي كحكم مسئلة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك والواحد في يد احدهما فانه يقضى لذي اليد (والنكاح) اي وكحكم مسئلة النكاح بان تنازعا في نكاح امرأة واقاما البينة وهي في يد احدهما فبينة ذي اليد اولى (ودعوى الملك مع الاعتاق) اي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى (او الاستيلاد) عطف على الاعتاق فالمعنى او دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون امة في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انها امته استولدها فبينة ذي اليد اولى (او التدبير) اي او دعوى الملك مع التدبير بان تكون عبد في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد اولى (ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا) اي في القاضي (او اظهارا) اي في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع (لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك) الا يرى ان من رأى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه ملكه فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل انما هي مؤكدة للملك الثابت باليد والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك واما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا وما هو اكثر اثباتا في البينة فهو اولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المص ره ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة للملك الثابت والتاسيس اولى من التأكيد كذا في العناية اقول بقي ههنا شيء وهو ان المتبادر من قولهم ان بينة الخارج اكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق ان لذي اليد ايضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق ايضا الا ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينته لكونها اكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي ان لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق اصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من ان لنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه عليه الصلوة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى (بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه) فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احديهما باليد وكذا الحال في النكاح الا ان المص ره لم يذكره من بين اخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج (وكذا على الاعتاق واختيه) اي وكذا اليد لا تدل على الاعتاق واختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور ايضا فترجحت احديهما باليد (وعلى الولاء الثابت بها) اي بهذه الاشياء الثلاثة وهي الاعتاق والاستيلاد والتدبير يعني ان اليد لا تدل على الولاء الثابت بها ايضا فاستوت البينتان في ذلك ايضا فترجحت احديهما باليد (قال) اي القدوري في مختصره (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) اي قضى القاضي

على المدعى عليه بالنكول (والزمه ما ادعى عليه) اى والزم القاضى المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى وفى بعض نسخ مختصر القدورى ولزمه بدل والزمه اى ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى (وقال الشافعى رح لا يقضى به) اى بالنكول (بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف) اى المدعى (يقضى به) اى يقضى له بما ادعاه ولان نكل المدعى ايضا انقطعت المنازعة (لان النكول) تعليل لقوله لا يقضى به (يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) اى عن اليمين الصادقة كما روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقها قضاء فيقال ان عثمان رض حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهرزاده فى مبسوطه (واشتباه الحال) اى ويحتمل اشتباه الحال عليه بان لا يدرى انه صادق فى انكاره فيحلف او كاذب فيه فيمتنع (فلا ينتصب) اى لا ينتصب نكول المدعى عليه (حجة مع الاحتمال) المذكور (ويمين المدعى دليل الظهور) اى دليل ظهور كون المدعى محقا (فيصار اليه) اى فيرجع الى يمين المدعى (ولنا ان النكول) اى نكول المدعى عليه (دل على كونه باذلا) اى دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بدلا كما هو مذهب ابى حنيفة رح (او مقرا) اى على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما (اذ لولا ذلك) اى ولولا كونه باذلا او مقرا (لاقدم على اليمين اقامة للواجب) وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب (ودفعا للضرر عن نفسه) اى دفعا للضرر الذى يحصل عن نفسه (فيترجح هذا الجانب) واعلم ان حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من عويص هذا الكتاب ولهذا لم ينجل كلام كل واحد من الشراح ههنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب اى جانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان توزيع كونه باذلا او مقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند ابى حنيفة رح بدل لا مجرد وعندهما اقرار لا غير فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان فى هذا الجانب على الترفع والتورع معا فى واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا فى مذهب ابى حنيفة رح على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا فى مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شىء من المذهبين لان الترفع وحده او التورع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الشافعى رح فبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مرادا للناكل حتى يتم المطلوب والحاصل ان فى تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى واما ثانيا فلانا لا نسلم ان التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما نحن فيه انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير بل الظاهر ان التورع عنها واجب فى كل حال وقد اعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ما ذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى اقول هذا غير وارد فان الافضاء اليه فى صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون المنكر كاذبا فى يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعى حق عليه فى الواقع فح لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البدل او الاقرار افضى الى الضرر بالمدعى قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه فى صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان يمين المنكر حق المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون ارضاء المدعى بالبذل ونحوه افضى الى الضرر بالمدعى بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب اى جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب فى نكوله انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان ما ذكراه من الدليل انما افاد رجحان هذا الجانب اى جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما الزمه الشرع فلا ينبغى ان يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وان اريد بجانب



التورع الجانب المقابل لجانب البدل او الاقرار التورع نفسه فيكون الترفع ايضا داخلا فى ذلك الجانب بقى ان يقال ما ذكراه من الدليل انما افاد رجحان جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا واما ثانيا فلان ما ذكراه من الدليل غير مذكور فى كلام المص رح وغير مفهوم منه فكيف يتم بناء شرح قول المص رح فترجح هذا الجانب عليه والفاء فى فترجح تقتضى التفرع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب اى ترجح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا ونحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التى وجبت عليه فلولا ان النكول بذل او اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعى والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان قوله وظلما على المدعى ليس بتام اذ لا نسلم ان النكول لو لم يكن بذلا او اقرارا لكان ظلما على المدعى لجواز ان يكون للترفع عن اليمين الصادقة فح لا يتحقق الظلم على المدعى لان صدق المدعى عليه فى انكاره يستلزم كذب المدعى فى دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا ان يقال يجوز ان يعد النكول ظلما على المدعى فى صورة صدق المدعى عليه ايضا من جهة ان يمين المدعى عليه حق المدعى بموجب الحديث على ما مر وان فى النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعى فى الجملة واما ثانيا فلان مؤدى التوزيع الحاصل من قوله والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خلل اذ حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلطهما على ما بيناه فى بحثنا الاول فى كلام صاحب العناية فالصواب عندى فى حل مراد المص رح ههنا ان يقال فترجح هذا الجانب اى جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى رح بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشىء من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضرورى اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب او يعطى حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا وبالجملة ان قول المص رح اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى رح باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقرا بالضرورة (ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمنا) اشارة به الى قوله ولا يرد اليمين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر الخ وتحقيق ايضا قدمناه واستوفينا هناك دليل الشافعى رح فى رد اليمين على المدعى واجوبتنا عنه نقلا عن الكافى وشيخين بالامزيد عليه فتذكر (قال) اى القدورى فى مختصره (وينبغى للقاضى ان يقول له) اى للمدعى عليه (انى اعرض عليك اليمين ثلثا) اى ثلث مرات (فان حلفت) اى ان حلفت خلصت او تركتك (والا قضيت عليك بما ادعاه) اى بما ادعاه المدعى قال المص رح (وهذا الانذار) اى قول القاضى والا قضيت عليك بما ادعاه (لاعلامه بالحكم) اى الحكم بالنكول (اذ هو موضع الخفاء) لكونه مجتهدا فيه فان للشافعى رح خلافا فيه فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب ان يعرفه حتى يحتاط او يتامل كذا فى الشروح (قال) اى القدورى فى مختصره (فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول)

قال المصنف (وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر) اي في اظهاره. يعني ان هذا التكرار الذي
ذكره الخصاف للاستحباب لا لانه شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد ثلثة ايام فانه مستحب لا واجب واوضح هذا بقوله (فاما المذهب
انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما (وهو الصحيح)
احتراز عن قول بعضهم انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في اكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلث في عرض
اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة بعد قضاءه في الصحيح انتهى وقال
صاحب غاية البيان احتراز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى اقول هذا ليس بشرح صحيح فان المصنف بعد ما صرح بان الخصاف
ذكر التكرار لزيادة الاحتياط في المبالغة في ابلاء الاعذار كيف يزعم انه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والاول اولى) اي العرض ثلث
مرات اولى يعني ان القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلث مرات وفي النهاية وذكر
في فتاوي قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا او غصبه في يده او حقا من الحقوق فانكر فاستحلفه
فابى ان يحلف فانه ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا الزمتك المدعي ثم يقول له القاضي احلف
بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان
ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء
منه فان ابى ان يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولا بد
ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من ان يكون
النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول
فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها
عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد
ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل
البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة
البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان قال لفلان علي الف درهم فادعى عليه
فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف رح يظهر كذبه وعند محمد رح لا يظهر الى هنا كلامه (ثم النكول قد يكون
حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه) اي حكم الثاني وهو الحكمي (حكم الاول) وهو الحقيقي (اذا علم
انه لا آفة به) اي بالمدعى عليه (من طرش) الطرش بفتحتين اهون الصمم يقال هو مولد (او خرس) بفتحتين ايضا آفة باللسان
يمنع الكلام اصلا (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا
اذا سكت سال القاضي عنه بل به خرس او طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو
الصحيح كذا في غاية البيان نقلا عن شرح الاقطع (قال) اي القدوري في مختصره (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف
المنكر عند ابي حنيفة رح) ولا يستحلف عنده) يريد به تعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (في النكاح) اي لا يستحلف عنده في
دعوى النكاح بان ادعى رجل على امراة انه تزوجها او بالعكس (والرجعة) اي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة ايضا بان ادعى
بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت او بالعكس (والفيء في الايلاء) اي في دعوى الفيء بالايلاء ايضا



بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس (والرق) اي في دعوى الرق ايضا بان ادعى على
مجهول النسب انه عبده وانكر المجهول او بالعكس (والاستيلاد) اي في دعوى الاستيلاد ايضا بان ادعت امة على مولاها انها
ولدت منه ولدا وانكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف رح (والنسب) اي وفي دعوى النسب ايضا بان ادعى على
مجهول انه ولده او والده وانكر المجهول او بالعكس (والولاء) اي وفي دعوى الولاء ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه او مولاه
وانكر المجهول او بالعكس او كان ذلك في ولاء الموالاة اذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة (والحدود) اي وفي دعوى الحدود
ايضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وانكره الآخر (واللعان) اي وفي دعوى اللعان ايضا بان ادعت على زوجها انه
قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج واعلم ان هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري هنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور
في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وقالا) ابو يوسف ومحمد رح (يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان)
فتقرر انه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم في الاشياء السبعة الباقية وفي الكافي قال القاضي فخر الدين
في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان راه متعنتا يحلفه وياخذه بقولهما وان كان
مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله انتهى وفي النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود مالا وان كان المقصود دعوى مال بان ادعت المراة على رجل
انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وانكر يستحلف في قولهم فان نكل يقضى عليه ببينة بنصف المهر على ما مر بعد هذا
في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المراة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات النكاح والزوج
ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المراة معلقة ابد الدهر قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امراة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق
ان كانت امراته فيتخلص منه وتحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي في باب اليمين ان الفقيه ابا الليث رح اخذ
بقولهما في هذه المسئلة وهكذا في الواقعات ايضا وكيفية الاستحلاف عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المراة هي المدعية
بالله ما هذه المراة امراتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي يحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى و
المتاخرون من مشائخنا على انه ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه وياخذ بقولهما وان رآه
مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة رح وهو كما اختاره شمس الائمة رحمه الله في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه
ان القاضي ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى
الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضى الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان
والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه
قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي الى هنا لفظ
النهاية (وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت
الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها) وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين اخواته تنبيها على انه لا مساغ للدعوى
في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخواته الخلافية فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر (لهما) اي لابي يوسف
ومحمد رحمهما الله (ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار) اي في انكاره السابق (على ما قدمناه) يعني قوله
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيما
ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث كذا في النهاية وغيرها (فكان)

وهي النكول (اقرارا او بدلا عنه) بفتح الدال اي خلفا عن الاقرار يعني انه قائم مقام الاقرار اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة تحرير المصنف رحمه الله ههنا حيث عين اولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليل كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من انه جاز ان يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد اولا ايضا او بالاكتفاء بذكر كونه بدلا منه في الموضعين معا بل كان هذا اي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه (والاقرار يجري في هذه الاشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج ان النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف (لكنه) اي لكن النكول (اقرار فيه شبهة) لانه في نفسه سكوت (والحدود تندرئ بالشبهات) فلا يجري النكول فيها (واللعان في معنى الحد) لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج عني ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه ايضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فانكر لم يلزمه واستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي الى ههنا كلامه اقول ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول ان الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت ان ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع انه صالح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا او بدلا عنه الثاني ان الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة لجواز ان يكون بذلا كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بذلا ايضا لجواز ان يكون نفس الاقرار بدلا عنه فيه ايضا لا يتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما في صور النقوض المذكورة فمن اين يعرف جريان بدل الاقرار ايضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع ان قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء اصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان بعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية ههنا احدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب اما الاول ففي قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر ان تلك الاسولة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له ادنى تامل ودراية انتهى واما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعي جواز الاستحلاف انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلان كون تلك الاسولة معارضات



مما لا يكاد يمس لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين هو صريح نقض اجمالي ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لان المدعي ههنا وهو كون النكول اقرارا كلي وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعي بالكلية وانما عرض ذلك لبعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال ان المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعي كما لا يخفى واما الثاني فلان مراد صاحب العناية بالمدعي ههنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المصنف رحمه الله بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فاذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعي قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى اصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل انه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعي ههنا قولهما ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى (ولابي حنيفة رح انه) اي النكول (بذل) وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (لان معه) اي مع البذل (لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به) اي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على تركه الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا واما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه اقرارا فهي ما اشار اليه بقوله (وانزاله باذلا اولى) اي من انزاله مقرا (كيلا يصير كاذبا في الانكار) اي في انكاره السابق يعني لو حملناه على الاقرار لكذبناه في انكاره السابق ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى واجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى واما ههنا فالمدعي يقول انا آخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا واجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة وقيل عليه يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي به لان البذل لا يعمل فيها واجيب عنه بانا لا نسلم ان البذل فيها غير عامل اذا كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها اكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يتحرز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما في الشروح ههنا من الاسولة والاجوبة (والبذل لا يجري في هذه الاشياء) فانه لو قالت مثلا لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها وكذا لو قال انا حر الاصل ولكني هذا يؤذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسترقني او قال انا ابن فلان ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فالحيلة ان يدعي نسبي لم يصح بذله بخلاف الاموال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني الحته وبذلته له لاتخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجر البذل في هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذي هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافي فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى ثم قال صاحب العناية لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا

لا يجري فيما سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء واجاب
عنه العلامة الكاكي بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس ولم يذكره الشارح يعني العناية لان
المخصص يجب ان يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى اقول مدار كلامه على ما فهمه من ان يكون مراد العلامة الكاكي ان
مخصص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر ان مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث ما خص منه البعض
وهو الحدود متفق عليه ولا ينافي هذا كون المخصص نصا مقارنا على ان قاعدة الاصول هي انه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على
المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة في كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذي ذكره وقع في
الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتامل (الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة
الضيافة اليسيرة) هذا جواب سوال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون لما ان في البذل
معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فاجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك
كذا في عامة الشروح اقول لمانع ان يمنع كون بذلهما من جملة ذلك اذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان اقدما
على اليمين اذا كانا صادقين في انكارهما بان اقران كان المدعي هو الصادق فليتامل (وصحته) اي صحة البذل (في الدين بناء
على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين) هذا ايضا جواب سوال مقدر
وهو ان النكول لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ الدين وصف في الذمة والبذل والاعطاء
لا يجريان في الاوصاف فاجاب بان معنى البذل ههنا ترك المنع فكان المدعي ياخذ منه بناء على زعمه انه ياخذ حق نفسه ولا مانع
وترك المنع جائز في الاموال لان امر المال هين حيث تجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا يجري فيها الاباحة كذا في
الشروح وسائر المعتبرات حتى ان صاحب الكافي اتى بتصريح السوال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى
في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة قلنا البذل
ههنا ترك المنع كان المدعي ياخذه منه بناء على زعمه انه ياخذ حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه انتهى اقول لا يخفى
على ذي نظرة سليمة بعد التامل الصادق ان الجواب المذكور لا يدفع السوال المزبور وان تلقته الثقات بالقبول لان الدين
لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ كما لم يكن قابلا للبذل والاعطاء وان ترك المنع انما يتصور في
الاموال المتحققة في الاعيان لا في الاوصاف الثابتة في الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فما لم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه
ترك المنع فلم يكن الذي ياخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه انه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذي ترك
المدعى عليه منعه اخذ الدين بل كان اخذ العين والسوال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندي في الجواب ان يقال
معنى البذل في الدين احداث مثله في ذمة المدعي باعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة من الطرفين كما
ان معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق في موضعه فاذا قال المدعي مثلا لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل
لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذي يرومه المدعي عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعي من الدين
وهو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطى لا الدين نفسه وان كان المدعي دينا (قال) اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير
(ويستحلف السارق) يريد به انه اذا ادعى المسروق منه اخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لان يثبت
بالشبهات الا يرى انه يثبت بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فجاز ان يثبت بالنكول الذي هو بذل او اقرار فيه

شبهة والحدود لا يقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا يقام بالنكول فلهذا لا يجري اليمين في الحدود وعن محمد رح انه قال القاضي يقول
للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع فالقاضي يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال اريد المال فالقاضي
يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال كذا في النهاية نقلا عن الامام المرغيناني والمحبوبي قال المص ره (فان نكل
ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) اي بفعل السارق وهو السرقة (شيئان الضمان) اي احدهما ضمان المال (وقد عمل فيه
النكول والقطع) اي وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) اي لا يثبت القطع بالنكول وقال صاحب العناية يريد المص ره بفعله في قوله
لان المنوط بفعله شيئان النكول ثم قال ويجوز ان يراد به فعل السرقة اقول الثاني هو الصحيح والاول فاسد لان المص ره صرح بان القطع
لا يثبت بالنكول نعم لا يناط القطع بالنكول قطعا فكيف يصح ان يحمل الفعل في قوله لان المنوط بفعله شيئان على النكول واحد الشيئين
هو القطع ثم اقول بقي في كلام المص ره شيء وهو ان التعليل الذي ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيئان الى آخره ولا يفيد شيئا يعتد به
اذ ليس فيه بيان لمية المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان وقد عمل فيه النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة
الى علة كون النكول عاملا فيه وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقي المدعى غير معلوم
اللمية والاوجه في التعليل ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال لان موجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب
بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه في السرقة يدعي المال والحد
وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى (فصار) اي صار حكم هذه المسئلة (كما اذا شهد عليها
اي على السرقة (رجل وامراتان) فانه يثبت هناك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع عنه وهو
القطع ويثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع (قال) اي محمد ره في الجامع الصغير (واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لا سيما
اذا كان المقصود هو المال) فائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون
الدعوى في كل المهر او نصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك
انتهى واجاب عنه بعضهم بانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تاكد
المهر فبعده اولى كما لا يخفى قال المص ره (وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق) اي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا
ادعت المراة مع النكاح الصداق (لان ذلك دعوى المال) اي المقصود من ذلك دعوى المال (ثم يثبت المال بنكوله ولا
يثبت النكاح) يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجري فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول ابي حنيفة رحمه الله
لان النكاح لا يجري فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا ان يتحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز ان يحكم بثبوت النكاح في حق
المهر لا مطلقا على ان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى اقول كل واحد من اصل جوابه وعلاوته مختل اما
الاول فلانه لو جاز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة اي في بعض الحالات فبطل به صاحبنه
قطعا واما الثاني فلان المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي
نحن فيها ان النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السوال ثم اقول في الجواب
عن سواله ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه اما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان
معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد مر ان الحجج الشرعية مثبتة في الواقع مظهرة في علم القاضي ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز ان يقوم

الحجة على الاول ودون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا احوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب فان ماذكرناه مخلص في الجميع قال المص ره (وكذا في النسب) اى وكذا يستحلف في النسب بالاجماع (اذا ادعى حقا) اى اذا ادعى مع النسب حقا آخر (كالارث) بان ادعى رجل على رجل انه اخ المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب (والحجر في اللقيط) بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه انه اخوها وانه اولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي اى حجرها دون النسب (والنفقة) بان ادعى زمن على موسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب (وامتناع الرجوع في الهبة) بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لان المقصود هذه الحقوق) دون النسب المجرد قال صاحب العناية بعد ما فسر قول المص ره لان المقصود هذه الحقوق بقوله اى دون النسب المجرد وقال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى اقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم من المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها اما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا الا يرى ان المدعى في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه انت ابى فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها ايضا وكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر ان يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قاله آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى اقول وفيه ايضا نظر فان المعلل ههنا ان لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها ايضا اقامة البينة والاقرار والخصم والبذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح ان يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البذل في النكاح يفيده قطعا لا يقال التعليل الصحيح ههنا ان يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعى فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحد من تلك المسائل ادعى المدعى معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المص ره وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد وما ادعى معه حقا آخر واما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا لان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على ان يدعى المدعى مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز ان يكون مقصود المدعى في هذه الصورة النسب المجرد ويدعى مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل به الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل ايضا قاصرا عن افادة كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المص ره لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في ان صاحب الكافي لم يذكر قول المص ره هذا اصلا مع ان عادته اقتفاء اثر المص ره في امثاله وان اكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية (وانما يستحلف في النسب المجرد) قيد به احترازا عما هو

مقرون



مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا (عندهما) اى عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا كان يثبت باقراره) اى اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو اقر به المدعى عليه ثبت بالنكول ايضا (كالاب والابن في حق الرجل) فانه اذا اقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره (والاب في حق المرأة) فانها اذا اقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها ولو اقرت بالابن فلا يصح اقرارها ولا يثبت نسبه منها (لان في دعواها الابن) اى في ادعائها الابن اى في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تامل (تحميل النسب على الغير) وهو لا يجوز (والمولى) اى وكالمولى يعنى السيد (والزوج في حقهما) اى في حق الرجل والمرأة وهذا القيد اعنى قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف ره ههنا ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان اصل المسئلة في محلها ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المص ره اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو اقر لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا او اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو اقر لزمه ما اقر منه فاذا انكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند ابى حنيفة ره لا يستحلف وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) اى القدوري في مختصره (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده) وليس للمدعى بينة (استحلف) المدعى عليه (بالاجماع) سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير ايضا في كتاب القضاء (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا) اى الحكم المذكور (عند ابى حنيفة ره وقالا لزمه الارش فيهما) اى في النفس وفيما دونها (لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما) لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا في الكافي (فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا) اى خاصة (اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) اى من جهة من عليه القصاص وقيد امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال ايضا كما اذا اقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شئ كذا في الشروح ونظير هذا ما اشار اليه المص ره بقوله (كما اذا اقر بالخطأ والولى يدعى العمد) فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب شئ (ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال) لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال (فيجري فيها البذل) كما يجري في الاموال (بخلاف الانفس) حيث لا يجري فيها البذل (فانه لو قال اقطع يدي) اى لو قال لآخر اقطع يدي (فقطعه لا يجب الضمان) اى على القاطع (وهذا) اى عدم وجوب الضمان (اعمال للبذل) في الاطراف ولو قال اقتلني فقتله فانه يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل في الانفس ولما استشعر ان يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغي ان يباح قطع يده اذا قال اقطع يدي كما يباح اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب عنه بقوله (الا انه لا يباح لعدم الفائدة) اى لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما ان اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال القه في البحر او احرقه

بالنار (وہذا البذل) ای الذی بالنکول (مفید لاندفاع الخصومة به فصار کقطع الید للاٰکلة وقلع السن للوجع) قال صاحب
العنایة وفیه بحث من وجہین احدہما انه مناقض لما قاله فی السرقة ان القطع لا یثبت بالنکول والثانی ان الخصومة تندفع بالارش
وہو اہون فالمصیر الیه اولی واجیب عن الاول بان الاطراف یسلک بها مسلک الاموال فی حقوق العباد ولانهم المحتاجون
الیها فیثبت بالشبہات کالاموال والقطع فی السرقة خالص حق الله تعالی وہو لا یثبت بالشبہات وعن الثانی بان دفع الخصومة
بالارش انما یصار الیه بعد تعذر ما ہو الاصل وہو القصاص ولم یتعذر فلا یعدل عنه انتہی واعترض بعض الفضلاء علی قوله فی
جواب البحث الاول والقطع فی السرقة خالص حق الله تعالی وہو لا یثبت بالشبہات بعد ان بیین المراد حیث قال یعنی
ان فی کون النکول بذلا شبہة لکن فیه بحث فانه لو صرح بالبذل فی حقوق الله تعالی لا یثبت القطع ایضا فالاولی طرح الشبہة من
البین والاکتفاء بعدم تأتی البذل فیه انتہی اقول مدار بحثه علی ان یکون المراد ما بیینه وذلک ممنوع اذ یجوز ان یکون المراد فی کون الاطراف
ما یسلک به مسلک الاموال شبہة لاحتمال کونها فی حکم الانفس کما ذہب الیه الشافعی رح وبنی علیه تجویزہ القصاص بین الرجل
والمرأة والحر والعبد وبین العبدین فیما دون النفس علی ما یاتی فی کتاب الجنایات فمع ہذہ الشبہة لا یتأتی البذل فی قطع الاطراف
فی حقوق الله تعالی بخلاف حقوق العبد فیتم الجواب ثم ان فی ذکر ہذہ الشبہة اشارة الی سبب عدم تأتی البذل فیه فی حقوق الله
تعالی فکان ذکرہا اولی من طرحها والاکتفاء بعدم تأتی البذل فیه کما لا یخفی (فاذا امتنع القصاص فی النفس) ای بالنکول
لعدم جریان البذل فیها کما مر (والیمین حق مستحق علیه) ای والحال ان الیمین حق مستحق (یحبس به) ای یحبس الناکل
بذلک الحق (کما فی القسامة) فانهم اذا نکلوا عن الیمین یحبسون حتی یقروا او یحلفوا (قال) ای القدوری فی مختصرہ (واذا
قال المدعی لی بینة حاضرة قیل لخصمه اعطه کفیلا بنفسک ثلثة ایام کیلا یغیب نفسه) ای کیلا یغیب خصم نفسه
(فیضیع حقه) ای حق المدعی ویجب ان یکون الکفیل ثقة معروف الدار حتی یحصل فائدة التکفیل وہی الاستیثاق کذا فی الکافی
وغیرہ (والکفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعی رح (وقد مر من قبل) ای وقد مر جواز الکفالة بالنفس من قبل ای
فی اول کتاب الکفالة (واخذ الکفیل بمجرد الدعوے استحسان عندنا) اعلم ان اخذ الکفیل مما اختلف فیه السلف روی عن
قتادة والشعبی انه لا یجوز وروی عن ابراہیم النخعی انه یجوز وہذا ہو الاستحسان اخذ به علماؤنا والقیاس ان لا یجوز وجه الاستحسان
ان مجرد الدعوی لیس بسبب للاستحقاق کیف وقد عارضه المدعی علیه بالانکار فلا یجب علیه اعطاء الکفیل ووجه الاستحسان ما ذکرہ
بقوله (لان فیه) ای فی اخذ الکفیل (نظرا للمدعی) اذ لا یغیب خصمه فیتمکن من اقامة البینة علیه (ولیس فیه کثیر ضرر
بالمدعی علیه وہذا لان الحضور مستحق علیه) ای علی المدعی علیه (بمجرد الدعوے حتی یعدی علیه) من الاعداء علی لفظ
المجہول یقال استعدیت فلانا الامیر علی من ظلمه ای استعنته به فاعداہ الامیر علیه ای اعانه الامیر علیه ونصرہ ومنه قول الشاعر
وتستعدی الامیر اذا ظلمنا ۞ ومن یعدی اذا ظلم الامیر ۞ کذا فی النہایة وغیرہا (ویحال بینه وبین اشغاله) من الحیلولة
علی لفظ المجہول ایضا (فیصح التکفیل باحضارہ بمجرد الدعوے (والتقدیر بثلثة ایام مروی عن ابی حنیفة رح وہو الصحیح)
احتراز عما روی عن ابی یوسف رح انه یوخذ الکفیل الی المجلس الثانی (ولا فرق فی الظاہر) ای فی ظاہر الروایة (بین الخامل
والوجیه) یقال خمل الرجل خمولا اذا کان ساقط القدر (والحقیر من المال والخطیر) ای وبین الحقیر من المال والخطیر ای الشریف
وعن محمد رح انه اذا کان معروفا او الظاہر من حاله انه لا یخفی نفسه بذلک القدر لا یجبر علی اعطاء الکفیل وکذا لو کان المدعی حقیرا لا یخفی المرء نفسه
بذلک القدر لا یجبر علی اعطاء الکفیل (ثم لا بد من قوله لی بینة حاضرة للتکفیل ومعناہ فی المصر) ای معنی قوله حاضرة حاضرة



فی المصر (حتی لو قال المدعی لا بینة لی او شہودی غیب) بفتحتین مخففة الیاء او بضم الغین مشددة الیاء (لا یکفل) ای لا یکفل خصمه
(لعدم الفائدة) ہی الحضور عند حضور الشہود وذلک فی الہالک محال والغائب کالہالک من وجه اذ لیس کل غائب یؤوب (قال)
ای القدوری فی مختصرہ (فان فعل) ای فان اعطی خصمه الکفیل فیها (والا) ای وان لم یعط (امر بملازمته) ای امر المدعی بملازمة
خصمه (کیلا یذہب حقه) ای حق المدعی (الا ان یکون غریبا) ای الا ان یکون المدعی علیه غریبا علی الطریق ای مسافرا
(فیلازمه) ای فیلازم المدعی المدعی علیه (مقدار مجلس القاضی وکذا لا یکفل الا الی آخر المجلس) ای وکذا لا یکفل المدعی علیه اذا
کان مسافرا الا الی آخر مجلس القاضی (فالاستثناء منصرف الیهما) ای الاستثناء المذکور فی مختصر القدوری بقوله الا ان یکون غریبا
منصرف الی التکفیل والملازمة جمیعا (لان فی اخذ الکفیل والملازمة زیادة علی ذلک) ای علی مقدار مجلس القاضی (اضرارا به)
ای بالمدعی علیه (بمنعه عن السفر ولا ضرر فی ہذا المقدار) ای فی مقدار مجلس القاضی (ظاہرا) ای من حیث الظاہر لان بہذا
القدر لا ینقطع عن الرفقة فاذا جاء وان قیام القاضی عن مجلسه ولم یحضر المدعی بینة فان القاضی یحلف المدعی علیه ویخلی سبیله لیذہب
حیث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب انا مسافر وقال الطالب انه لا یرید السفر تکلموا فیه باقوال قال بعضهم
القول قول المدعی لانه متمسک بالاصل فان الاصل ہو الاقامة والسفر عارض فیکون القول قول من تمسک بالاصل
وقال بعضهم القاضی یسأله مع من یرید السفر فان اخبرہ مع فلان فالقاضی یبعث الی الرفقة امینا من امنائه یسأل ان فلانا
ہل استعد للخروج معکم فان من اراد السفر لا بد من ان یکون مستعدا لذلک قال الله تعالی ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا
نعم قد استعد لذلک انضم قولهم الی قوله فیقبل ذلک منه فیمهله الی آخر المجلس فان احضر المدعی بینته فی ہذہ المدة والا خلی سبیل
المطلوب وان لم یعلموا من حاله فنحن نعلم انه یبقی ثلثة ایام لاجل الاستعداد فقلنا بانه یجبر علی اعطاء الکفیل ثلثة ایام کذا فی غایة
البیان قال المصنف (وکیفیة الملازمة نذکرہا فی کتاب الحجر ان شاء الله تعالی) والذی یذکرہ المصنف رح ہناک ہو انه
یدور معه اینما دار ولا یجلسه فی موضع لانه حبس ولو دخل دارہ لا یتبعه بل یجلس علی باب دارہ الی ان یخرج لان الانسان لا بد
ان یکون له موضع خلوة انتہی وقال فی الفتاوی الصغری وتفسیر الملازمة ان یدور معه حیث دار ویبعث امینا حتی یدور معه اینما دار
لکن لا یجلس فی موضع لان ذلک حبس وہو غیر مستحق علیه بنفس الدعوے ولا یشغله عن التصرف بل ہو یتصرف والمدعی یدور
معه واذا انتہی المطلوب الی دارہ فان الطالب لا یمنعه من الدخول علی اہله بل یدخل المطلوب علی اہله والطالب الملازم یجلس
علی باب دارہ ثم قال رأیت فی الزیادات فی الباب الخامس والاربعین ان المطلوب اذا اراد ان یدخل بیته فاما ان یأذن
المدعی بالدخول معه او یجلس معه علی باب الدار لانه لو ترکه حتی دخل الدار وحدہ فربما یہرب من جانب آخر فیفوت ما ہو المقصود من الملازمة

فصل فی کیفیة الیمین والاستحلاف) لما ذکر نفس الیمین ای فی ای موضع یحلف ذکر فی ہذا الفصل صفتها لان کیفیة
الشیء وہی ما یقع به المشابہة واللامشابہة صفته والصفة تقتضی سبق الموصوف (قال) ای القدوری رحمه الله تعالی
فی مختصرہ (والیمین بالله دون غیرہ لقوله علیه الصلوٰة والسلام من کان منکم حالفا فلیحلف بالله
او لیذر) اقول ہہنا کلام وہو انه قال فی کتاب الایمان الیمین بالله او باسم آخر من اسماء الله کالرحمن والرحیم او بصفة
من صفاته التی یحلف بها عرفا کعزة الله وجلاله وکبریائه وہذا صریح فی ان الیمین کما یکون بالله تعالی یکون ایضا بصفاته التی
یحلف بها فی المتعارف والحصر المستفاد من قوله ہہنا والیمین بالله تعالی دون غیرہ یقتضی اختصاص الیمین بالله تعالی وایضا
قال ہناک ان قال ان فعلت ہذا فہو یہودی او نصرانی او کافر یکون یمینا والحصر المستفاد ہہنا ینافیه ایضا ویمکن ان یجاب

عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة
اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها ايضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثاني بان اليمين
في الصورة المذكورة وان لم يكن بالله تعالى في ظاهر الحال الا انها كانت به في المآل (قال) في المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة
والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء لان المقصود وهو القضاء بالنكول وهو لا يختلف باعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء كذا
في النهاية ومعراج الدراية (وقد يؤكد) اي اليمين (بذكر اوصافه) اي بذكر اوصاف الله تعالى هذا لفظ القدوري في مختصره قال
المص رح (وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر والخفار ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا
ولا شيء منه وله) اي وللقاضي (ان يزيد في التغليظ على هذا) اي على المذكور (وله ان ينقص منه) اي من المذكور لان
المقصود من الاستحلاف النكول واحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى
تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضي ان يراعي احوال الناس والاصل فيه حديث ابي هريرة رضي الله عنه في الذي حلف بين يدي
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله
عليه وسلم (الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين) والمراد بالاحتياط ان يذكر بغير واو لو ذكر والله والرحمن الرحيم بالواوات صارت ثلثة
ايمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا في النهاية نقلا عن المبسوط (لان المستحق عليه يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ) فلا
يزاد عليها (وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله) لما ان المقصود من اليمين النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من
يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالراي فيه الى القاضي (وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح) اذ الظاهر منه ان يمتنع بدون
التغليظ (ويغلظ على غيره) لكون امره على خلاف الاول (وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير) لمثل ما قلنا
في القيل الاول (قال) اي القدوري في مختصره (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا) وهو قوله عليه الصلوة والسلام
من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر (وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك) اي بالطلاق
او بالعتاق (لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) اقول يرد عليه ان هذا التعليل في مقابلة
النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فلا يصح على ما عرف في موضعه وفي فتاوى قاضيخان وان اراد
المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم
جوز ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفي الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشائخنا
واجازه البعض فيفتي بانه يجوز ان مسّت الضرورة واذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بان الراي الى القاضي انتهى وفي فصول
الاستروشني ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا انتهى وفي الخلاصة التحليف بالطلاق
والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشائخنا فان مست الضرورة يفتي ان الراي الى القاضي فلو حلف القاضي بالطلاق
فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى اقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها ان للقاضي ان يحلف بالطلاق والعتاق
عند الحاح الخصم وان يفتي بجواز ذلك ان مست الضرورة ولكن ليس له ان يقضي بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه
ومن هذا قال صاحب العناية ولكنهم قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به
لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف



الاثري الى ما مر في بيان دليل ابي حنيفة رحمه الله على عدم جواز الاستحلاف في الاشياء العديدة عنده من ان النكول بذل والبذل لا يجري
في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول
علة لعدم جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة عنده فتامل (قال) اي القدوري في مختصره (ويستحلف اليهودي بالله
الذي انزل التورية على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله
صلى الله عليه وآله وسلم لابن صوريا الاعور) وفي المغرب ابن صوريا بالقصر اسم اعجمي (انشدك بالله الذي انزل
التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا) اي التحميم هذا الحديث اخرجه مسلم في الحدود مسندا الى البراء بن عازب رضي الله عنه
قال مر النبي عليه السلام بيهودي محمم فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال انشدك الله الذي انزل التورية
على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم فقال اللهم لا فلولا انك نشدتني بهذا لم اخبرك نجد الزنا في كتابنا الرجم ولكنه كثر في اشرافنا
فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد
وتركنا الجلد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني اول من احيى امرك اذ اماتوه فامر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله
بن صوريا وقد صرح باسمه في سنن ابي داؤد عن سعيد عن قتادة عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له يعني لابن صوريا الحديث
وهو مرسل (ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام) اي يعتقد نبوة عيسى عم (فيغلظ
على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة (ويحلف المجوسي بالله الذي خلق
النار هكذا ذكر محمد في الاصل) وذلك لان المجوس يعتقد الحرمة في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (ويروى
عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا) تفاديا عن تشريك الغير معه في التعظيم (وذكر الخصاف رح انه
لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها
وما ينبغي ان تعظم) لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوس بالله
الذي خلق النار وفي المبسوط وكانه وقع عند محمد رح انهم يعظمون النار تعظيم العبادة فللمقصود والنكول قال تذكر ذلك في اليمين انتهى (بخلاف
الكتابين) اي التورية والانجيل (لان كتب الله معظمة) فجاز ان تذكر مع اسم الله تعالى (والوثني لا يحلف الا بالله لان
الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله)
لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا يرى الى قوله تعالى حكاية
عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت انهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل
الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول (قال) اي القدوري في مختصره (ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي
لا يحضرها) اي لا يحضر بيوت عباداتهم للحرج (بل هو ممنوع عن ذلك) لان فيه تعظيم ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى
لا بالمكان فقط اي بكان حلفه جاز وفي الاجناس قال في الماخوذ للحسن وان سال المدعي القاضي ان يبعث به الى بيعة
او كنيسة فيحلفه هناك فلا باس ان يفعله اذا اتهمه كذا في غاية البيان (قال) اي القدوري في مختصره (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم
بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) اي بدون تعيين الزمان والمكان (وفي ايجاب
ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها) اي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة (وهو مدفوع) اي
الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة

فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلوة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع (قال) اي القدوري في مختصره (ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) يعني يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم ان هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف رح الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب قال المص رح في تعليل المسئلة المذكورة (لانه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الاقالة اي يطرأ عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلفه المدعى عليه على السبب الذي هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده) اي رد المدعي (ولا يحلف بالله ما غصبت) هذا ايضا من قول القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله (لانه قد يغصب) اي قد يغصب الشيء (ثم يفسخ) اي يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) وهذا ايضا من قول القدوري قال صاحب النهاية واكثر الشراح هذا على قولهما لان الاستحلاف في النكاح قولهما اقول الاولى ان يقال هذا على قول محمد رح لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان كان يجري على قولهما معا الا ان الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجري على قول محمد رح فقط اذ الاستحلاف فيه على قول ابي يوسف رح انما هو على السبب كما هو الذي عليه قول المص رح فيما سياتي اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المص رح ههنا ايضا الا اذا عرض بما ذكرنا ثم يحلف على الحاصل لكن الكلام ههنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقا اي سواء عرض اولم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رح اذ الخلاف في صورة التعريض (قال المص رح في التعليل (لانه قد يطرأ عليه الخلع) اي يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذي هو اصل النكاح ههنا يتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) وهذا ايضا من قول القدوري فكانه زاد ذكر دعوى في هذه المسئلة التي هي اخرى المسائل المتناسبة المذكورة ههنا اشارة الى انها معتبرة في المسائل السابقة ايضا الا انها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام قال المص في تعليل هذه المسئلة (لان النكاح قد يجدد بعد الابانة) وفرع على جملة ما ذكره في تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه) على ما مر تقريره (وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح) اي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو انه لا يحلف في النكاح عند ابي حنيفة رح فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الظاهر ايضا ان يحمل كلام المص رح هنا على التغليب اي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح مما مر ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال اي التحليف على الحاصل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وليس معناه ان التحليف على الحاصل في جميع الامور المذكورة قول ابي حنيفة رح حتى يتعرض عليه بانه مخالف لما سبق من انه لا يحلف عنده في النكاح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قول المص رح اما على قول ابي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب



يابى ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المص رح ههنا بلفظ الجميع تعيينا لكون الخلاف بين ابي يوسف رح وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر (اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك) اي في جميع ما ذكر من الوجوه (على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا) اي الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعت ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيل فيه وعلى هذا في اخوات البيع فتدبر (فحينئذ يحلف على الحاصل) اي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال ومصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع (وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه) اي روي عنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه (ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل) وفي فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا احسن الاقاويل عندي وعليه اكثر القضاة وفي الكافي قال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي (فالحاصل هو الاصل عندهما) اي التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما (اذا كان سببا) اي اذا كان سبب ذلك سببا (يرتفع برافع الا اذا كان فيه) اي في التحليف على الحاصل (ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك) اي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي (مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها) اي لا يرى نفقة العدة للمبتوتة (او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها) بان كان شافعيا (لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي) فان قيل في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه ايضا لجواز انه اشترى ولا شفعة له بان سلم او سكت عن الطلب قلنا القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان كان سببا) اي ان كان سبب ذلك سببا (لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه) وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد (بخلاف الامة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل اي ما هي حرة او ما هو حر في الحال كذا في الكافي (لانه يتكرر الرق عليها) اي على الامة (بالردة واللحاق) بدار الحرب والسبي (وعليه) اي ويكرر الرق على العبد الكافر (بنقض العهد واللحاق) بدار الحرب والسبي ايضا (ولا يكرر على العبد المسلم) لما ذكرناه آنفا (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ورث عبدا وادعاه آخر) ولا بينة له (استحلف) اي الوارث (على علمه) اي بالله ما يعلم ان هذا عبد المدعي (لانه لا علم له) اي للوارث (بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) اذ لو حلفناه عليه لا يمتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به كذا في الكافي (وان وهب له او اشتراه) يحلف على البتات يعني ان وهب له عبد او اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له (يحلف على البتات لوجود المطلق) اي المجوز (لليمين) اي لليمين على البتات (اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فان قيل بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا ان ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم المشتري ان العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له

في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات كذا في الشروح ثم اعلم ان هذا نوع آخر ايضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم والبتات والضابط في ذلك ان التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل انى يستقيم على هذا ولو ادعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف عليه على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعي يدعي عليه التسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا في الكافي قال الامام الاستروشني في الفصل الثالث من فصوله واما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب يريد به ان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه ابق او سرق في يد البائع دارا وتحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيئا يتصل به فح يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني او استاجرت مني او استقرضت مني فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها يقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا يرى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام الاسروشني ان في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات اقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي اخذا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق ان يقضي بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله للعلم لعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك القائل واقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس بمستقل بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر في النهاية وقال فيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورأيت



فيما كتبت من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من ادب القاضي منه في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلف القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات يسقط عنه الحلف لان البتات اقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى ان مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه اشكال توجه ما ذكره هو ما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما اما البحث الاول فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم ان يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا ان يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من اسباب القضاء هو الثاني دون الاول كما لا يخفى واما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله للعلم بعدم فائدة النكول اليمين على الحكم فالحكم ايضا ما ذكر ولا يجري الجواز المذكور هناك على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء

(ومن ادعى على الآخر مالا فافتدى يمينه) اي افتدى الآخر عن يمينه (او صالحه منها) اي صالح الآخر المدعي من اليمين (على عشرة دراهم مثلا فهو) اي الافتداء او الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما الصلح من اليمين فانما يكون على مال اقل من المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية (وهو) اي الافتداء عن اليمين (ماثور عن عثمان رضي الله عنه) قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رض سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رض في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رض فلما خرج المقداد قال عثمان رض لعمر رض انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رض عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رض وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر لان المقداد رض اذا قضاه اربعة آلاف كيف قال عثمان رض انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة المقداد ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح انتهى واقول نظره ساقط بشقيه اما شقه الاول فلان معنى قول عثمان رض انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لا ان الباقية في ذمته الا ان سبعة آلاف ولا يخفى ان قضاء اربعة آلاف انما ينافي الاول دون الثاني فان قلت يشكل حينئذ قوله والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رض اذ النزاع ح يكون في الايفاء والقبض دون مقدار اصل القرض كما ذكرت قلت المراد به انه كان يدعي ايفاء تمام الدين وهو اربعة آلاف على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل اوفيت البعض منه وهو اربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلثة آلاف فح يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في اصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر وتخرج الجواب عما قاله الشافعي رح واما شقه الثاني فلانه لم يدع احد ان القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة ليصلح ان يجعله الشافعي رح دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعي وان امكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعى عليه ومفتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود والبينة على ان قول المص رح وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه انما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد نبه اليه صاحب العناية حيث قال اولا ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي واعلم ان صاحب النهاية قد ادمج المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت

روايات الكتب في ان عثمان رضى الله عنه كان مدعى عليه في ذلك او مدعيا ففي الفتاوى الظهيرية اذا ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا
وفندى بينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب
الاول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي رح في مسئلة رد اليمين على المدعي ان عثمان رضى الله عنه كان مدعيا فقال وحجته في رد
اليمين على المدعي على ما روى ان عثمان رض ادعى مالا على المقداد رض بين يدي عمر رضى الله عنه الى ان قال تحلف لي عثمان رض وذكر الامام
المحبوبي رح تمام القصة فقال روى ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضى الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم
فترافعا الى عمر رضى الله عنه في خلافته فقال المقداد يا امير المومنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك
المقداد ليحلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رض فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضى الله تعالى عنهما انها كانت سبعة آلاف قال
فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتاويل حديث المقداد انه ادعى
على الايفاء على عثمان رض وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين) اي ليس للمدعي ان
يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها او صالح عنها على مال (ابدا) اي في وقت من الاوقات (لانه اسقط
حقه) اي لان المدعي اسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء والصلح بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم فانه لم يجز وكان
له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات

## باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) اي القدوري في مختصره
(واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما) اي المشتري (ثمنا) بان قال مثلا اشتريته بمائة (وادعى البائع اكثر منه) بان قال بعته بمائة وخمسين (او
اعترف البائع بقدر من المبيع) بان قال مثلا المبيع كر من الحنطة (وادعى المشتري اكثر منه) بان قال هو كران من الحنطة والحاصل
اذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الاولى او في قدر المبيع كما في الصورة الثانية (واقام احدهما
البينة قضى له بها) اي بالبينة (لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها) لان البينة توجب منه الحكم
على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه (وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان
البينات للاثبات) اي وضعت في الشرع للاثبات فكل ما كان اكثر اثباتا كان اولى (ولا تعارض في الزيادة)
لان البينة المثبتة للاولى لا تعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا في غاية البيان قال تاج الشريعة فان
قلت البينة التي تثبت الاقل تنفي الزيادة لانها تثبت ان كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة بينتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا
فكانت الاولى اولى لما قامت بينهما معارضة انتهى اقول جوابه هذا وان كان صحيحا في نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المص رح فان
المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة ومع رجحان
البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتامل (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا) بان قال البائع بعتك
هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتها وهذا العبد معها بخمسين دينارا واقاما بينة (فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري
اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات) فالجارية والعبد جميعا للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور وقيل هذا
قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رح يقضى للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا انظر هذه المسئلة في
الاجارات كذا في الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا اي في قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسئلة



واما اذا اختلفا في جنس الثمن واقاما البينة فالبينة بينته من الاتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال
المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة لزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت
باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول ولانه يثبت بينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات
للاثبات لا للنفي كذا في النهاية نقلا عن المبسوط اقول في التعليل الثاني بحث اما اولا فبالمعارضة فان المشتري تثبت بينته الحق للبائع
في مائة دينار والبائع ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي فينبغي ان تقبل بينة المشتري دون البائع واما ثانيا فبالنقض فانه لو تم
هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده باقامة البينة ايضا اذ حينئذ تنفي المشتري ايضا بينته حق البائع بما ادعاه والبينات
للاثبات لا للنفي مع ان المسئلة على انه اذا اقام احدهما البينة قضى له بها قطعا واما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم ان المشتري تنفي بينته ما تثبته البائع
بل هو يثبت لها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه في العبد فان حصل مما
يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافي كون وضع البينات للاثبات دون النفي
(وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري) اي يقول الحاكم للمشتري (اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا
البيع وقيل للبائع) اي يقول للبائع (اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود) اي المقصود من شرع
الاسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) اي القول المذكور للبائع وللمشتري جهة في قطع المنازعة (لانه ربما لا يرضيان) اي
المتبايعان (بالفسخ فاذا علمنا به) اي بالفسخ (يتراضيان به) اي يدعي كل واحد منهما اقول لقائل ان يقول كما ان ما ذكر جهة في قطع المنازعة
كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع وان يقال للمشتري اما ان تقبل ما اعترف
البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعي الاقل بالرضى بالاكثر يمكن ايضا بعكسه وهو ان
يكلف مدعي الاكثر بالرضى بالاقل فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتامل (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم
كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية في شرح قول المص رح فان لم يتراضيا اي بان يعطي كل واحد
ما يدعي صاحبه انتهى اقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا في الصورة الثالثة من الصور الثلث المذكورة وهي ما اذا اختلفا في الثمن والمبيع
جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر في الكتاب ان صورة الاختلاف في الثمن ان يدعي احدهما ثمنا ويدعي الآخر اكثر منه
وان صورة الاختلاف في المبيع ان يدعي احدهما قدرا من المبيع ويدعي الآخر اكثر منه فلو اعطى كل واحد ما يدعي صاحبه في هاتين
الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا واعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى ان ما ذكره المص رح هاهنا حكم عام للصور الثلث جميعا
فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام اي ان لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع
بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على
دعوى صاحبه انتهى اقول وفيه ايضا قصور لان هذا ايضا لا يجري الا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلث كما لا يخفى
على ذي مسكة فلا يناسب ما ذكره المص رح هاهنا من الحكم العام للصور الثلث كلها واما سائر الشراح فلم يتعرضوا هاهنا
للشرح والبيان فالحق عندي في شرح المقام ان يقال اي ان لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه احدهما
كما في الصورة الاولى والصورة الثانية او ما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر
فيجري معنى الكلام وفحوى المقام في كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) اي قبل قبض المشتري السلعة
كذا في العناية ومعراج الدراية (على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها) اي ينكر ما ادعاه

البائع (والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور (فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه) كان القياس ان يكتفي بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي ان لا يقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي مع انه قال فيما قبل فاقام احدهما البينة قضى له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا او ما معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافي ان يكون المشتري مدعيا او ما صوريا في هذه الصورة وبينة المدعي صورة تسمع على ما مر جوابه كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال ان كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا الادعاء صورة فيصير التحالف ههنا ايضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل احد بتحليف المنكر الصوري بل انما اليمين ابدا على المنكر الحقيقي بخلاف المدعي الصوري فان البينة تسمع منه على ما ذكروا ولك ان تقول في الجواب عن اصل السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير من مسائل الفقه يعرفه من تتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما رونياه حققناه في شرح مراد المص ره من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر اقول بقي ههنا شيء وهو انه ان اراد المص ره بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الوكالة لفظا ومعنى اما الاول فلان تلك الصورة بعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد واما الثاني فلان الاصل المذكور اعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جاز ايضا في صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف واما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئا لان الثمن سالم له فبقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه ولقد افصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصور حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصور ولم يظهر لتخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان اراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الوكالة لفظا ومعنى ايضا اما الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا لا موقع له في الظاهر واما الثاني فلان الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير حينئذ اخص من المدعي ثم اعلم ان صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا ايضا في دليل مخالفته للقياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتامل (ولكنا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفي بحلفه يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض ان يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) قال صاحب العناية ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوع وان كان فكذلك لعموم المشهور او تعارضان ولا ترجيح انتهى اقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على المشهور لان هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعي ايضا فيما نحن فيه واما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعي مطلقا بل انما يدل عليه باشارته حيث يفهم من



تقسيم المجتبين للخصمين او من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو اذن مرجوع (قال) اي القدوري في مختصره (ويبتدئ) اي القاضي (بيمين المشتري) قال المص ره (وهذا قول محمد وابي يوسف ره آخرا ورواية عن ابي حنيفة ره وهو الصحيح) احترازا عن القول الاول لابي يوسف ره كما سيجيء (لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن) فهو البادي بالانكار قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر ان مدار ما ذكره المص ره على كون البادي اظلم لكونه منشأ للثاني ايضا فيكون اشد انكارا لا يكون اقدم ويجوز ايضا ان يكون مداره على ان المشتري لما كان مطالبا اولا بالثمن كان منكرا للشيئين اصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان اشد انكارا وعند هذين المحملين الصحيحين لا اجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم تجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولانه يتعجل فائدة النكول) اي بالابتداء بيمين المشتري (وهو) اي فائدة النكول الزام الثمن وذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو (الزام الثمن) او بتاويل الفائدة بالنفع (ولو بدئ بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن) لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع الى ان يستوفي الثمن (وكان تقديم ما تتعجل فائدته اولى كذا في الكافي (وكان ابو يوسف ره يقول اولا يبدأ بيمين البائع) وذكر في المنظومة وفي جامع الحسن انه رواه عن ابي حنيفة ره وهو قول زفر ره كذا في العناية وغيرها (لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) وجه الاستدلال انه عليه الصلوة والسلام (خصه بالذكر) اي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ما قاله البائع (واقل فائدته) اي فائدة التخصيص (التقديم) يعني انه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فاذا كان لا يكتفي بيمينه فلا اقل من ان يبدأ بيمينه وفي غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله عم واليمين على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى اقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من انكر كما انه دليل في حق المشتري دليل ايضا في حق البائع فانه قد مر ان كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض واما فيما اذا اختلفا بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه السلام واليمين على من انكر في اكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور فلا فرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من عدم لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح او بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن (وان كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (او ثمن بثمن) اي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف (بدأ القاضي بيمين ايهما شاء) من البائع والمشتري (لاستوائهما) اي في الانكار وفي فائدة النكول (وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين) كذا ذكره في الاصل (وقال في الزيادات يحلف) اي البائع (بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا) قال المص ره (والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت) اي على النفي وضعت لا على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية (دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا) وقال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد انتهى اقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا

على النفي كما يرشد اليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المص ره حيث قال على ذلك وضعت تقديم على ذلك على وضعت دون تاخيره عنه على ما هو حقه افادة لقصر وضعها على النفي المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات في اليمين ولو بطريق التاكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا اذ لا شك ان الذي يجب عليه شرعا ويكون حقا للمدعي انما هو الاتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكرنا ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل جلها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل (وقال) اي القدوري في مختصره (فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) اي ان طلبا او طلب احدهما كذا في الكافي والشروح قال المص ره (وهذا) اي الذي ذكره القدوري (يدل على انه) اي البيع (لا ينفسخ بنفس التحالف) وقال في غاية البيان وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال في الكافي وقيل بنفس التحالف والصحيح هو الاول انتهى (ولانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول) اي يبقى بيع بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية اقول هذا لا يتم في صورة يكون الاختلاف في المبيع دون الثمن فالاولى ان يكون مراد المص ره اعم من ذلك اي يبقى بيع مجهول اما بجهالة المبيع فيما اختلفا في المبيع واما بجهالة الثمن فيما اختلفا في الثمن واما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اختلفا فيهما (فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة) بينهما (او يقال اذا لم يثبت البدل) للتعارض لم بين قوليهما (يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد) اي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد ان يقوم القاضي مقامهما وفي المبسوط حل للمشتري وطء الجارية اذا كانت المبيعة فلو فسد البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها كذا في الشروح (وقال) اي القدوري في مختصره (وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه) اي الناكل (جعل باذلا) لصحة البذل في الاعراض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) اي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة اقول في تقرير المص ره شيء وهو انه ساق الدليل على اصل ابي حنيفة ره فقط حيث قال جعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ما ذكره على اصلهما مع ان مسئلتنا هذه اتفاقية بين ائمتنا فكان الاحسن ان يقول لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر او باذلا كما قاله صاحب الكافي والامام الزيلعي ثم اعلم ان الامام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه اذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المص ره لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى (وقال) اي القدوري في مختصره (وان اختلفا في الاجل) اي في اصله او قدره كذا في الشروح (او في شرط الخيار) اي في اصله او قدره ايضا كذا في معراج الدراية وغاية البيان (او في استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما اذا اختلفا في استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المص ره لان ذلك مفروغ عنه باعتبار انه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا في النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا وبه قال احمد ره وقال زفر ره والشافعي ره ومالك يتحالفان ولو اختلفا في اصل البيع لم يتحالفا بالاجماع كذا في معراج الدراية ثم ان القول في مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفي مسئلة الاختلاف في اصل البيع لمنكر العقد ذكر كلها ههنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء هذا ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشتري اذا كان منكرا كما اذا كان مدعي التاجيل هو البائع انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الغالب ان صاحب العناية سلك ههنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور نهج



الصورة قال المص ره في تعليل المسائل المذكورة (ولان هذا) اي الاختلاف في الاجل او شرط الخيار او استيفاء بعض الثمن (اختلاف في غير المعقود عليه به) وهو المبيع (والمعقود) وهو الثمن (والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من المبيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن وكانه قيل اذا اختلف المتبايعان في المبيع او في الثمن يتحالفا فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به هذا زبدة ما في الشروح والكافي ههنا (فاشبه الاختلاف في الحط) اي في الحط من الثمن (والابراء) اي الابراء عن الثمن ولا يتحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من انكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الامور المذكورة (وهذا) اي كون الاختلاف في الامور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز ان يشار به الى الاقرب اي شبه الاختلاف في الامور المذكورة للاختلاف في الحط والابراء (لان بانعدامه) اي بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لا يختل ما به قوام العقد) لان العقد بلا شرط واجل جائز فاذا اختلفا في الشرط او في الاجل وحلفا بقي العقد بلا شرط واجل وانه لا يوجب الفساد واما اذا اختلفا في المثمن او الثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه احدهما فيبقى الثمن او المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو ان الاختلاف في الثمن او المثمن يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو اختلف الشاهدان فشهد احدهما بالبيع بالف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل واذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا اما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الآخر انه باعه بالف يقضى بالعقد بالف حالة وكذا لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلثة ايام وشهد الآخر انه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا في النهاية نقلا عن جامع الامام قاضيخان (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) كالجودة والرداءة (او جنسه) كالدراهم والدنانير (حيث يكون) الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف في القدر) اي في قدر الثمن (في جريان التحالف لان ذلك) اي الاختلاف في وصف الثمن (يرجع الى نفس الثمن) اي الى الاختلاف في نفس الثمن (فان الثمن دين وهو) اي الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعرف وهو الثمن (ولا كذلك الاجل) اي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن (لانه) اي الاجل (ليس بوصف) بل هو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط فافهم وهذا القول (الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه) اي بعد مضي الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا في الكافي قال في معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تامل انتهى (وقال) اي القدوري في مختصره (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما) اي الخيار والاجل (يثبتان بعارض الشرط) اي بشرط عارض على اصل العقد (والقول لمنكر العوارض) والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا كذا في العناية (وقال) اي القدوري في مختصره (فان هلك المبيع ثم اختلفا) اي فان هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري) اي مع يمينه (وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا) اي على هذا الخلاف (اذا خرج المبيع عن ملكه) اي ملك المشتري (او صار) اي المبيع (بحال لا يقدر) اي المشتري (على رده بالعيب) بحدوث عيب في يده (ولهما) اي لمحمد رح والشافعي رح (ان كل واحد منهما) اي من البائع والمشتري

(يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فان البيع بالف غير البيع بالفين الا يرى ان شاهدي البيع اذا اختلفا
في مقدار الثمن لا يقبل الشهادة (وانه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم ان حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب
ولهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا ولم يات احد منهم بما يشفي العليل فقال صاحب النهاية اي وان التحالف يفيد عطاء المشتري
زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سوال مقدر وهو ان
يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رح بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف
فاجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي تدعيه البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان قيل
هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب
الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة فيتحالفان الى ههنا كلامه وقد اقتفى
اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال اقول فيه بحث اما اولا فلانه لما فسر الدفع الواقع في كلام المص ره بالاعطاء يلى
البائع ان يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث قال اي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع
على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المص ره ان فائدة التحالف عند محمد رح هي اعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها
البائع على تقدير نكول المشتري اتجه عليه السوال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفع ما ذكره جوابا عنه اصلا لانه ان
اراد انه لا يحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المص ره ههنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ لا شك انه اذا حلف المشتري
وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاؤه زيادة الثمن التي يدعيها البائع وان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف
المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السوال لان مورده ما حمل عليه مراد المص ره ههنا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله في الجواب
والبائع اذا نكل اي انه اذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر انه اذا نكل احد
المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله وان
اراد به انه اذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة يتجه عليه ان في هذه الصورة يندفع
عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تاثير فيه لنكول البائع وايضا يتجه على مجموع الجواب ان الامر الثاني وهو اندفاع الزيادة
عن المشتري يحصل بتحليف المشتري ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه
ان نكل فتمام الفائدة الذي ذكر وهو احد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم يظهر فائدة تحليف البائع قط و
قال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني ان التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف
مفيدا انتهى اقول فيه ايضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع في كلام المص ره على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى
واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه ان نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه
آنفا وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة اعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله
بعد ذلك وقال صاحب العناية وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن بمعنى ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة
الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى اقول وفيه ايضا
بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المص ره من دفع عنه كما ترى فالظاهر ان قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع
عن المشتري وان مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري لان المعنى يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري



انما هو نكول البائع واما نكول المشتري فيقتضي دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذا آل قوله ان التحالف يدفع عن المشتري
زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد عليه ذلك ويزداد اشكال
قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة لان مدلوله ان يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق
ان يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم ان يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز ان يكون معنى
قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق
اذا نكل البائع يندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بان يقضي بما ادعاه المشتري وهو اقل الثمنين لا بان يفسخ البيع على قيمة الهالك
فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف قلت لا يتعين ان يكون قيمة الهالك انقص مما ادعاه البائع
بل يجوز ان يكون مساوية له بل ازيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق
على ما ذكر فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف في قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول من تفعيل ان يكون المعنى واذا احلف
البائع اندفعت الزيادة المدعاة اي بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا نعم يلزم
استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية ههنا
فقال في تفسير قوله بالنكول اي بنكول المشتري وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن
وقال في تفسير قوله واذا حلف البائع يعني بعد حلف المشتري وقال فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس
الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشتري ينفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى اقول جملة ما ذكره ليست بشيء اما تفسير
قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ
معنى معقول اصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة اي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلانه لا وجه له
لان زيادة الثمن ان يثبت في الواقع يثبت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي
بنكول المشتري فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف
عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري اصلا على ما مر غير مرة واما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود السوال الذي ذكره
بقوله فان قيل الخ عليه واما جوابه عن هذا السوال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من انه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة
لجواز ان يكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل ازيد منها وقال صاحب غاية البيان قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي ان
دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتاويل الادعاء انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة
الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء او معنى المنع وانما الذي يفيد دفعها بينة المشتري او حلفه ان كان المراد بالدفع معنى
المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على ان الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري وحدها بيان فائدة تحليف
فقط فلو كان مراد المص ره ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الافهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور
(كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بان ادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان و
يلزم المشتري رد القيمة (ولابي حنيفة وابي يوسف ره ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس
لما انه يسلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به) اي بالتحالف (في حال قيام السلعة) وهو قوله صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا (فلا يتعدى) اي حال هلاك السلعة (فان قيل) فليكن حال هلاك

السلعة ما عقابحال قيام السلعة بالدلالة اجاب بقوله (و التحالف فيه) اي في حال قيام السلعة (يقضي الى الفسخ) فيندفع
به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه (ولا كذلك بعد هلاكها) اي بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) اي بالهلاك
الا يرى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (فلم يكن في معناه)
اي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق الصناد (ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب
بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعي رح ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر
ينكره اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان
الامر على ما زعم هو او البائع فلم نذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في الف والفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف
الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر وكلا
صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية
اخذا من الكافي (وقال صاحب العناية في تقريره قوله ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه
صاحبه وهو قوله بموجب العلم اي سلمنا ذلك لكن لا اثر له فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا
ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ٥٦
ثم قال ونوقض بحال قيام السلعة واما اذا اختلفا بعد هبته فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود واجيب عن الاول بثبوته
بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد رح انتهى (وانما يراعى من الفائدة
ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني
ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست
اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما في
الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته انه يملك بالقيمة فلا يلزم ترك
موجب العقد به انتهى اقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه
وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك ان الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه اياه واما ملك البائع
المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا سترة به ثم ان قوله غايته انه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع
النظر عن ذلك تامل تقف ثم ان صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادّ فائدة
للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على
الجواب بان قال فيه تامل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى اقول لم يعتبر الترادّ فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ
الرد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور نعم لقائل ان يقول الظاهر ان للتحالف قبل القبض فائدة
ما فاي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف
حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد (وهذا) اي وهذا الذي ذكرناه من الاختلاف في
التحالف عند صورة هلاك المبيع (اذا كان الثمن دينا) اي ثابتا في الذمة بان كان من الدراهم او الدنانير او المكيلات
او الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فان كان عينا) اي فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان



العقد مقايضة وهلك احد العوضين (تحالفا) اي بالاتفاق (لان المبيع في احد الجانبين قائم) فان كل واحد من العوضين
في بيع المقايضة مبيع وثمن ولا يتعين احدهما للمبيعية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع (فيفيد فائدة الفسخ) وهو الترادّ فيرد
القائم (ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل) هذا اذا اختلفا في قدر البدل وان اختلفا في كون
البدل دينا او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع انه كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لا يتحالفان
فالقول قول المشتري كذا في الكفاية (قال) اي القدوري في مختصره (وان هلك احد العبدين) اي بعد قبضهما كذا في الشروح
(ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك) يعني اذا باع الرجل
عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما
منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك (وفي الجامع الصغير القول قول
المشتري) اي فيهما كذا في كثير من الشروح (عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ العبد الحي ولا شيء له من
قيمة الهالك) وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظه يقتضي ان يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ القدوري
الذي هو لفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (وقال
ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي) قال صاحب العناية وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في
الحي ليس بصحيح على ما سياتي انتهى اقول يعني ان قوله ههنا يتحالفان في الحي ليس بملابس بالتفسير الصحيح للتحالف في قول
ابي يوسف رح على ما سياتي وهو ان يتحالفا على القائم والهالك معا لا ان يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم ولكن فيه
نظر اذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سياتي من التفسير الصحيح فانه لم يقل ههنا يتحالفان على الحي حتى يكون كلمة على صلة التحالف
فيؤول المعنى الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان في الحي فيجوز ان يكون كلمة في بمعنى اللام وليصير المعنى يتحالفان لاجل
الحي كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وكما في الحديث ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما نص عليه في مغني اللبيب
ولا يخفى ان كون تحالفهما لاجل الحي اي كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد في الحي لا ينافي ان يتحالفا على الحي والميت
معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سياتي بيانه (والقول قول المشتري في قيمة الهالك) هذا من تتمة قول ابي يوسف رح
اقول في عبارة الكتب ههنا قصور لان قول المشتري انما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري كما سيجيء تفصيله
لا في قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المص رح فيما سياتي حيث قال فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول
للبائع انتهى وعن هذا قال صاحب الكافي وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسد العقد في الحي والقول للمشتري في
حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد رح يتحالفان عليهما) اي على الحي والهالك (ويرد الحي وقيمة الهالك
لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى) قال صاحب العناية والجواب ان هلاك
البعض يخرج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك يجهل في المقسم عليه فلا يجوز انتهى ورد عليه بان المقسم عليه عند محمد رح ليس القيمة
حتى يلزم ذلك عليه (ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك) اي لاجل الهالك (فيتقدر بقدره) اي
يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة (ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس
في حال قيام السلعة) يعني ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة (وهي) اي السلعة
(اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه وما ثبت على خلاف القياس لا يتعدى

اى الغير فحصل من هذا الدليل نفى القياس والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى (ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلابد من القسمة) اى باعتبار (على القيمة) كما سيأتى (وهى) اى القسمة (تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة تماما فحصل من هذا الدليل نفى الدلالة والجواب عن قول ابى يوسف رحمه الله كما ترى فان قلت ما الفرق لابى حنيفة رحمه الله بين هذه المسئلة وبين مسئلة الاجارة فيما اذا اقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففى حصة ما اقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفى حصة ما بقى يتحالفان بالاجماع باعتبار البعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند ابى حنيفة رحمه الله ايضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من حيث ان عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقى واما عقد الاجارة ففى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقاده بحسب ما يقيم من العمل فبان تعذر فسخه في بعض لا يتعذر فسخه في الباقى كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن اجارات المبسوط اقول لقائل ان يقول هذا الفرق انما يتمشى بالنظر الى الدليل الاول واما بالنظر الى الدليل الثانى فلا لان عقد الاجارة وان كان في حكم عقود متفرقة الا انه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه اجرة معلومة فلابد من القسمة وهى بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل تعين ما قيل في عقد البيع فينبغى ان لا يجوز ايضا (الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا) اى بالكلية (لانه حينئذ) اى حين ان يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) اى اذا كان الامر كذلك فيتحالفان (وهذا) اى توجيه قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) اى عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف) لانه هو المذكور في الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند ابى حنيفة رحمه الله الا اذا ترك البائع حصة الهلاك فيتحالفان (كما ذكرناه) اراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) اى قال هؤلاء المشايخ (ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا) اقول كان الظاهر في التحرير من حيث العربية والمعنى ان يترك لفظ معناه من البين او ان يقال ان قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشترى وانما لا يأخذ الزيادة على قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند ابى حنيفة رحمه الله والقول قول المشترى مع يمينه الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهلاك شيئا زائدا على ما اقر به المشترى فحينئذ لا يمين على المشترى (لانه لما اخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى) قال صاحب العناية وكلام المص رحمه الله يشير الى ان اخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتها انتهى وقال بعض الفضلاء فيه ان اخذ الحى يكون معلقا بمشيتها البتة واما الذى لا يعلق بمشية المشترى اخذ ما اقر به من ثمن الهلاك انتهى اقول هذا ليس بشئ لانه ان اراد بقوله ان اخذ الحى يكون معلقا بمشيتها البتة انه كان في الكتاب معلقا بمشيتها البتة فليس بصحيح لان المذكور في الكتاب الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا شئ له ولم يعلق فيه اخذ الحى الا بمشية البائع وان اراد به انه يكون في الصلح معلقا بمشيتها البتة فليس بمفيد له اصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الاسلام فان مراده ان اخذ الحى لو كان بطريق الصلح لكان معلقا في الكتاب بمشيتها كما يكون في الصلح متعلقا بمشيتها البتة ولم يعلق فيه الا بمشية البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله



ما بيناه في القائم) اى في البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم يختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (واذا حلفا ولم يتفقا على شئ) كان الاحسن في التحرير ان يقول واذا لم يتفقا على شئ حلفا بتقديم لم يتفقا على شئ على حلفا في الوضع ليقدمه عليه في الطبع (فادعى احدهما الفسخ او كلاهما) اى او ادعى كلاهما (يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشترى لان البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكر فيكون القول قوله كما لو اختلفا في قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح (واختلفوا في تفسيره) اى في تفسير التحالف (على قول ابى يوسف رحمه الله) قال في النهاية ومعراج الدراية لم يذكر تفسير التحالف على قول ابى حنيفة رحمه الله لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل اقول فيه شئ وهو ان هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان رضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا يتحالفان عنده ايضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المص رحمه الله هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب اولا كما مر آنفا فكان لذكر تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله وعلى قول ابى يوسف رحمه الله قال وعند ابى حنيفة رحمه الله ايضا مساغ وعن هذا ان الامام الزيلعى بعد ان ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله وعلى قول ابى يوسف رحمه الله قال وعند ابى حنيفة رحمه الله ان البائع اذا رضى ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذى ذكرناه لابى يوسف رحمه الله انتهى وقال في غاية البيان لما كان قول ابى حنيفة رحمه الله عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير فسره على قولهما انتهى اقول هذا اقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه ايضا شئ لا يخفى فالاولى ان يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول ابى حنيفة رحمه الله مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هى صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول ابى يوسف رحمه الله (والصحيح انه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع) ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح ان يحلف المشترى على الوجه المذكور في الكتاب (فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان البيع في القائم) فان قلت اسند فسخ العقد ههنا اليهما كما ترى وفيما سبق الى القاضى حيث قال وان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضى ان لم يفسخا بانفسهما يرشد اليه ان الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضى العقد بينهما ان طلبا او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلابد من الطلب انتهى اذ لا يخفى ان الفسخ اذا كان حقهما فهما يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ما ذكر ههنا يفسخان العقد ان اراد الفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام تحالفا وترادا وهذا لا ينافى ان يفسخه القاضى ايضا فيما اذا لم يفسخاه بانفسهما بل ادياه او طلبه احدهما من القاضى وسيأتى للتصريح من الشراح في مسئلة التحالف في الاقالة بتسا وى فسخ القاضى ونسخها بانفسهما (ويسقط حصته) اى حصة القائم (من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى اقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة يجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده كذا في العناية (وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض) يعنى تقسيم الثمن الذى اقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا على قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشترى نصف الثمن الذى اقر به المشترى ويسقط عنه نصف ذلك وان تصادقا

ان قيمتها يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك الثمن يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدرها حصته من الثمن الذي اقر به ويسقط عنه الباقي من ذلك الثمن (وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب الثمن الذي اقر به المشتري ثم المشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا يعتبر قيمتها يوم القبض دون العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد رح قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل اوردته على كل قوم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخايل لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رح حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في التوجيه الذي ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد في حق الميت على قول ابي يوسف رح ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو بالتحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون الميت وتعذر الفسخ في الهالك عنده لا يمنع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف الا يرى ان محمدا رح لما اجاز التحالف على الهالك ايضا اجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول ابي يوسف رح وتعذر الفسخ فيه ايضا فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى اقول وفيه ايضا نظر لان قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فلا يقتضي ذلك فان اللازم ح تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز واما اذا وقع الفسخ قبل قبضهما الا يرى الى ما مر في باب خيار العيب من ان من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يفسخ العقد في المعيب خاصة عند ائمتنا الثلاثة بناء على ان تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك احد العبدين بعد قبضهما كما تبين في هذه الصورة فلا يتم التقريب (وايهما اقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان اقاما فبينة البائع اولى) لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثباته الزيادة قلنا ان الذي



وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت اولى بالاعتبار كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وقاضيخان (وهو) اي ما ذكر من قول ابي يوسف رح وتفريعاته (قياس ما ذكر في بيوع الاصل) اي المبسوط (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما) اي يوم القبض كذا في النهاية (فان اختلفا في قيمة الهالك) اي في مسئلة الاصل (فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة) اي في مسئلة الاصل (فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قال المص رح (وهذا الفقه) اي اعتبار بينة البائع وبينه في معنى فقهي (وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة) اي حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة واستدل المص رح عليه بقوله (لانها) اي الايمان (تتوجه على احد العاقدين) اي لا على الوكيل والنائب (اذ هما) اي المتعاقدين (يعرفان حقيقة الحال) لان العقد فعل نفسهما والانسان يعرف بحال نفسه (فيبنى الامر عليها) اي على الحقيقة (والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله) لانه ينكر سقوط الزيادة (وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال) لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل نفسهما فيجوز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل او بتلجية او غير ذلك (فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا) اي كما اعتبر يمينه (وترجح) اي تترجح بينته على بينة المشتري (بالزيادة الظاهرة على ما مر) وهو قوله لانها اكثر اثباتا ظاهرا (وهذا) اي ما ذكر في بيوع الاصل (يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رح) في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير (قال) اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) اي ونقد ثمنها كذا في الشروح وفي اصل الجامع الصغير (ثم تقايلا) ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح وسيشير اليه المص بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا في الثمن) فقال المشتري كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد الخمسمائة (فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول) حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ القاضي او فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن صدر الاسلام ولما استشعر ان يقال النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله (ونحن ما اثبتنا التحالف فيه) اي في التقايل (بالنص لانه ورد في البيع المطلق) اي في البيع من كل وجه (والاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وان كان بيعا جديدا في حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ في حق المتعاقدين انما يتمشى على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف فان الاقالة عنده بيع في حق المتعاقدين ايضا والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كلام المص رد هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفا وذلك السؤال انما يكاد يتوجه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف رح كما لا يخفى فبني الجواب ايضا على اصلهما دون اصله فتدبر (وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض) اي قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة (والقياس يوافقه على ما مر) اي في اول الباب (ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض) توضيح لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة تجري في

التحالف بينهم (والوارث على العاقد) اى ونفيس الوارث على العاقد يعنى اذا اختلف وارث البائع والمشترى فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما (والقيمة على العين) اى ونفيس القيمة على العين (فيما اذا استهلك فى يد البائع غير المشترى) يعنى اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وفى نهاية البيان وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المص ره وفى بعض النسخ فيما اذا استهلك المشترى وفى بعضها فيما اذا استهلك ابن الشيخ قال الامام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشترى انتهى وفى معراج الدراية الصواب اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المص ره والصواب استهلك المشترى بضم التاء على صيغة بناء المفعول ام المشترى على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابى حنيفة وابى يوسف رح خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا) يعنى ان محمدا رح يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال بعض الفضلاء فان قيل الاقالة بيع عند ابى يوسف رح فيكون يتناول النص فينبغى ان يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع ايضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق لمشبهته انتهى اقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع الخلاف فى كون الاقالة بيعا مانعا عنده عن ان يتناولها النص الوارد فى البيع المطلق فى حق حكم التحالف لكان ذلك مانعا عنده عن ان يتناولها النصوص الواردة فى حق سائر الاحكام المبيع المطلق ايضا مع ان احكام البيع المطلق جارية باسرها فى الاقالة عنده على ما تقرر فى بابها ثم اقول فى دفع سؤاله ان اصل ابى يوسف رح فى الاقالة هو انها بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض فى المنقول فتجعل فسخا كما بينوا فى باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا فى الثمن ولم يثبت قول احدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق فلم يجز التحالف فيه عنده ايضا لا بالنص ولا بالقياس (وقال) اى محمد رح فى بيوع الجامع الصغير (ومن اسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن) اى فى رأس المال فقال المسلم اليه كان رأس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة (فالقول قول المسلم اليه) اى مع يمينه لان رب السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) اى لا يتحالفان ولا يعود السلم (لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض) اى الفسخ يعنى ان المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلوة والسلام تحالفا وترادا والاقالة فى باب السلم لا تحتمله (لانه) اى الاقالة فى باب السلم ذكر الضمير بتاويل التقايل (اسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع) فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشترى بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما وتنوير هذا القول (الا يرى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب) اى فقضى القاضى بالرد بالعيب على رب السلم (وهلك) اى فى يد المسلم اليه قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع) اى دل هذا الذى ذكر على الفرق بينهما اى بين السلم والبيع فان قيل بالفرق لمحمد رح بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فى مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان فى اقالة السلم اذا اختلفا فى مقدار رأس المال وان فات المعقود عليه فى الفصلين جميعا



قلنا الاقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل واحد والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قال) اى القدورى فى مختصره (واذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتنى بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة) قال الشراح اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها يدعى الزيادة وانما الاشكال فى قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع فى الصورة وهى كافية لقبولها انتهى (فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدورى قال المص ره فى تعليله (لانها) اى لان بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال فى توجيهه (معناه اذا كان مهر مثلها) اى مهر مثل المرأة (اقل مما ادعته) وقال صاحب العناية فى تفصيل المسئلة وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته اولا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثانى فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى اقول فى تحريره خلل حيث حكم فى الاول على الاطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك بل الاول ايضا لا يخلو من ان يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه ومن ان يكون اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثانى فيتعارض بينتهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فتتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل فى عامة الكتب المعتبرة حتى المتون فى باب المهر بل صرح به صاحب العناية ايضا فى ذلك الباب من شرح هذا الكتاب واما قول المص ره معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل اذ يمكن ان يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان اكثر مما ادعته لا التعميم القسمى كون مهر مثلها اقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارة لا يخلو فى قوله وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته اولا تقتضى شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوى الافهام ولقد احسن الامام الزيلعى فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمرأة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت اولى وان كانت مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه المرأة او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المرأة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما تتهاتران لانهما استويا فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخرى انتهى (وان لم تكن لهما بينة) اى ان عجزا عن اقامة البينة (تحالفا عند ابى حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه) اى فى النكاح فلا حاجة الى الفسخ (بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده) لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد (على ما مر) اى فى كتاب البيوع بل فى هذا الباب ايضا حيث قال او يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد (فيفسخ) اى البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد فى البيع والنكاح ليس فى معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح او نقول ان التحالف انما شرع فى عقد يحتمل الفسخ لما ان الفسخ من احكام التحالف ولا فسخ فى النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت اما الاول وهو ورود النص فى البيع فقلنا ان المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هنا من كل وجه فيثبت التحالف فى النكاح ايضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك هو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح احدهما على الآخر فى الدعوى والانكار لتساويهما فيهما فلذلك قبلت بينتهما ويمينهما لان كل واحد فيهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر واما الثانى وهو ان الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا فجوابه مذكور فى الكتاب والايضاح ذلك هو ان التحالف انما اوجب الفسخ فى التحالف لانه لما

تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا اخلا في البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ واما النكاح اذا اخلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية انتهى وقد اقتفى اثره في هذين السؤال وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول في كل واحد من الجوابين بحث اما في الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح احدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة نفسها الى الزوج واما بعد التسليم فلا يوجد لان الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئا اذ المعقود عليه سالم له بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض والمسئلة فيما نحن ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده بل كانت هي مصورة في بعض الشروح بصورة تختص بما بعد القبض فتقع السؤال في هذه الصورة الا على قول محمد رح فانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا كما مر واما في الثاني فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح وهو لا يدفع السؤال اذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع او التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح بل حاصله ان التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي ان لا يجري فيه التحالف ايضا ويؤيده ان التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا في الاقالة في السلم لعدم احتمال الاقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا هذه فتامل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم بمهر المثل لقطع النزاع (فان كان) اي مهر المثل (مثل ما اعترف به الزوج او اقل) اي مما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لان الظاهر) اي ظاهر الحال (شاهد له) اما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل واما في صورة كون مهر المثل اقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله اقرب الى مهر المثل من قولها (وان كان) اي مهر المثل (مثل ما ادعته المرأة او اكثر) اي مما ادعته المرأة (قضى بما ادعت المرأة لان الظاهر شاهد لها) حينئذ لمثل ما بيناه آنفا (وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل) اي بسبب حلف الزوج (ولا الحط عنه) اي بسبب حلف المرأة (قال) اي المص رح (رضي الله عنه ذكره) اي القدوري (التحالف اولا ثم التحكيم وهذا) اي ما ذكره القدوري (قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) اي وسقوط اعتبار التسمية انما هو بالتحالف (فلهذا يقدم) اي التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول) لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (كما في المشتري) اي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مر (وتخريج الرازي رح بخلافه) اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي فان الرازي يقول بتحكيم مهر المثل اولا فاذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم يقول بالتحالف اذا لم يشهد ذلك لاحدهما قال المص رح (وقد استقصيناه) اي تخريج الرازي (في النكاح) اي في كتاب النكاح (وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج الا ان ياتي بشئ قليل وفي رواية الا ان ياتي بشئ مستنكر وتكلموا في تفسيره على ما مر بيانه في كتاب النكاح فلا نعيده) اي لا نعيد ذكر خلافه ههنا وقال صاحب النهاية وهذا اي قول الرازي هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبي انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما يعدم التسمية بالتحالف



لانه يكون كالعقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية اقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى اقول ان قوله ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم لم يقولوا هو الصحيح حتى لا ينافي كون غيره اصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز ان يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف باصل الصحة لا زيادة الصحة اللهم الا ان يكون مراده لا كلام في المراد لا في الارادة فتأمل ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها يعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى واقول في جوابه بحث جعل مهر المثل امرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة امرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال انهما ان كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل اخفى من القيمة اذ قد تقرر في باب المهر ان مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم ابيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى ان معرفة هذه الشرائط عسير جدا بخلاف القيمة اذ يكفي فيها نوع خبرة باحوال الامتعة كما لا يخفى فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا قلنا القضاء هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن يشهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام على تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم كذا في العناية (الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها) اي للمرأة (قيمتها) اي قيمة الجارية (دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد) اي التراضي (فوجبت القيمة) اي قيمة الجارية (وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح (معناه اختلفا في البدل) اي في الاجرة (او في المبدل) اي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لا يجري التحالف بينهما فيه بل القول قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان ان يزيد المص رح على قوله في البدل او المبدل او فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصور الثلاث الآتية فكأنه اراد بقوله منع الخلو احترازا عما ذكرناه انها لا منع الجمع فيتناول لها ايضا فتدبر (لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من انكر (على ما مر) اي في اول هذا الباب (والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) لان وضع مسئلتنا في الاختلاف في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هنا كما جرى ثمة فان قيل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في معدوم يجري التحالف كما في السلم وان العين المستأجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين (فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدئ

بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة) اى لوجوب زيادة الاجرة على حذف المضاف قال صاحب العناية اخذا من من شرح
تاج الشريعة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الآجر ثم يجب الاجرة
على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الاجرة من تسليم
العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فيبقى انكار المستاجر زيادة الاجرة فيحلف انتهى وقد اقتفى اثره الشارح العينى
اقول فى الجواب بحث من وجوه الاول ان الموجر وان لم يمتنع من تسليم العين المستاجرة بما ادعاه من الاجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما
اعترف به المستاجر منها فان تسليمه اياه وان لم يتوقف على قبض الاجرة الا انه يتوقف على تعيينها والا لم يكن الموجر منكرا لوجوب
تسليم المعقود عليه بما عينه المستاجر فيلزم ان لا يكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف والثانى
ان ما ذكره ههنا منقوض بما اذا اختلف المتبائعان فى المبيع دون الثمن فان المشترى هناك ايضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء
على ان تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع انه يبدأ فيه بيمين المشترى كما يبدأ بيمينه فى صورة الاختلاف فى الثمن ويعلل بتعجيل فائدة
النكول والثالث ان قوله فيبقى انكار المستاجر زيادة الاجرة فيحلف ان اراد به انه لا انكار للموجر اصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس
بصحيح اذ يلزم حينئذ ان لا يحلف الموجر اصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها فى التحالف لا فى حلف الواحد وان اراد به ان للموجر
ايضا انكارا الا ان فى انكار المستاجر ما يقتضى البداءة بيمينه فهو اول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة اجاب بعد الجواب المذكور
بوجه آخر حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس ان لا يغير حكم النص فى الفرع بل يعدى حكم الاصل بعينه
وذلك فيما قلنا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهى ما اذا وقع الاختلاف فى المنفعة فانه
يبدأ فيها بيمين الموجر فيلزم مما ذكر ان يغير فيها حكم النص وان لا يعدى حكم الاصل بعينه فان حكمه ان يبدأ بيمين المشترى من غير فصل
بين ان يقع الاختلاف فى البدل وان يقع فى المبدل على ما مر ثم ان التحقيق ان حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند
اختلافهما فى العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص فى شئ من الصورتين
ولا يتم الجواب (وان وقع) اى الاختلاف (فى المنفعة بدئ بيمين المواجر) لانه منكر لزيادة المنفعة (فايهما نكل لزمه دعوى
صاحبه) لان نكوله بدل او اقرار على ما مر (وايهما اقام البينة قبلت) لانه نور دعواه بالحجة (ولو اقاما) اى البينة (فبينة
المواجر اولى ان كان الاختلاف فى الاجرة) لان بينته تثبت الزيادة حينئذ (وان كان) اى الاختلاف من
(المنافع فبينة المستاجر) اى فبينة المستاجر (اولى) لانها تثبت الزيادة حينئذ (وان كان فيهما) اى وان كان
الاختلاف فى الاجرة والمنافع معا (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعى هذا) اى الموجر
(شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة) لا يقال كان الاحسن ان يقدم ذكر احوال اقامة
البينة على ما ذكر احوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس
المص ره الامر لانا نقول العمدة فى هذا الباب بيان امر التحالف وباقى الاقسام استطرادى فقدم الاهم فى هذا المقام فكان
صاحب العناية لم ينتبه لهذه حيث غير اسلوب المص ره فقدم ذكر احوال اقامة البينة (قال) اى القدورى فى مختصره
(وان اختلفا بعد الاستيفاء) اى بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه (لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا)
اى عدم التحالف ههنا (عند ابى حنيفة وابى يوسف ره ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما)
وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانه المنفعة وهى عرض والعرض لا يبقى زمانين (وكذا على اصل محمد ره لان





الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما ان له) اى للمبيع (قيمة تقوم مقامه) لان العين متقومة بنفسها وكانت القيمة قائمة
مقامها (فيتحالفان عليها) اى فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد) بناء على ان فائدة
التحالف هى الفسخ (فلا قيمة) اى للمعقود عليه (لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد) اى بل تتقوم بالعقد (وتبين انه
لا عقد) اى وتبين بحلفهما انه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر انه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذى
يقوم مقامه فامتنع التحالف والظاهر (واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه) اى هو الذى استحق عليه ومتى
وقع الاختلاف فى الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا فى الكافى (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا
وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قول المستاجر) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المص ره فى تعليله
(لان العقد) اى عقد الاجارة (ينعقد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) اى العقد (فى كل جزء من
المنفعة كان ابتداء العقد عليها) اى على كل جزء من المنفعة فصار الباقى من المنافع كالمنفرد بالعقد وكان الاختلاف بالنسبة
اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف واما الماضى فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف
بالنسبة اليها بعد الاستيفاء لا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق كما مر آنفا (بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة
فاذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل) ضرورة (قال) اى القدورى فى مختصره (واذا اختلف المولى والمكاتب
فى مال الكتابة لم يتحالفا عند ابى حنيفة ره) والقول للعبد مع يمينه كذا فى الكافى (وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول
الشافعى ره) لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى
استحقاق العتق عليه اى على المولى (عند اداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا) اى
المتبائعان (فى الثمن ولابى حنيفة ره ان البدل) اى بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر) لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب
بدل الكتابة على العبد فيجب ان يكون للعبد بمقابلته شئ وما ذاك الا فك الحجر فى حق اليد والتصرف فى الحال لان الامر متعلق
بمقابل اى مقابل الحال (وهو) اى فك الحجر فى حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لاتفاق العبد والمولى على ثبوت
الكتابة (وانما ينقلب) اى البدل (مقابلا للعتق عند الاداء) اى عند اداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (وقبله) اى قبل
الاداء (لا مقابلة) اى لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء وليس كذلك قطعا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار فى
ابتداء العقد فى الاجارة اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة وهى المطلوبة آخرا فكذا فى الكتابة جعلنا الفك فى حق اليد والتصرف اصلا
فى ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وينتقل من فك الحجر الى العتق كذا فى النهاية والكفاية (فبقى اختلافا فى قدر
البدل لا غير) يعنى اذا كان ما يقابل البدل فى الحال سالما للعبد فقط فبقى امرهما اختلافا فى قدر البدل لا غير (فلا يتحالفان
لان العبد لا يدعى شيئا على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان اقام احدهما بينة تقبل بينته
لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت
الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير المولى كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا
يمنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه ولما لو استحق بدل الكتابة ذات الحرية فلا ترتفع بعد النزول وكذا فيه البداء
كذا ذكره الامام الزيلعى فى التبيين (قال) اى القدورى فى مختصره (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت
فما يصلح للرجال فهو للرجل) اى مع اليمين كذا فى جانب المرأة كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان

والامام التمرتاشي وكالعمامة) والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها (لان الظاهر شاهد له) وفي الدعاوى
القول قول من يشهد له الظاهر (وما يصلح للنساء فهو للمراة كالوقاية) والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها لشهادة الظاهر
لها) قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه
الاشياء لها وكذلك اذا كانت المراة تبيع ثياب الرجال كذا في الشروح (وما يصلح لهما كالآنية) والذهب والفضة والامتعة والعقار
ونحوها (فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج) لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه (والقول في الدعاوى لصاحب
اليد) الا يرى انه اذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما كان القول قوله كذا ههنا (بخلاف ما يختص بها) اي بالنساء (لانه
يعارضه) اي يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر اقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب
احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية ونوقض بما اذا اختلف العطار والاسكاف
في آلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فانها يكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال
ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى اقول فيه كلام و
هو ان مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج او المراة مشاهدا فيما نحن فيه مع ان الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات
ان مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم يشاهد استعماله (ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح
او بعد ما وقعت الفرقة) اي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت احدهما (فان مات احدهما و
اختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجل والنساء فهو للباقي منهما) ايهما كان (لان اليد للحي دون الميت) اي لا يد للميت
(وهذا الذي ذكرناه) يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل (قول ابي حنيفة رح) لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة
فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك كذا في العناية (وقال ابو يوسف رح
يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها) وهذا الذي ذكره ابو يوسف رح في المشكل واما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير
اعتبار جهاز مثلها كذا ذكره في المبسوط وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف رح هذا فيما ذكر
قولهما في حق المشكل وكان من حقه ان يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال ابو يوسف رح يدفع للمراة ما يجهز به مثلها كذا في
النهاية ومعراج الدراية (والباقي) اي من المشكل (للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز) تعليل لقوله يدفع
المراة ما يجهز به مثلها (وهذا اقوى) اي هذا الظاهر وهو ان المراة تاتي بالجهاز ظاهر اقوى لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر
يد الزوج) وهو يده (ثم في الباقي لا معارض لظاهره) اي لظاهر الزوج (فيعتبر) وقوله ثم في الباقي الى ههنا تعليل لقوله
والباقي للزوج مع يمينه (والطلاق والموت سواء) اي عند ابي يوسف رح (لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح
ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل) اي ان كان حيا (او لورثته) ان كان
ميتا (لما قلنا لابي حنيفة رح) من الدليل وهو ان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة
واما بالنسبة الى الممات فبقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) وذكر في الفوائد محمد رح يقول
ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله فلما كان في المشكل القول قوله في حيوته فكذلك بعد مماته كان القول
قول ورثته وابو حنيفة رح يقول يد الباقي منهما الى المتاع اسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث ولما يقع الترجيح فيما
نحن فيه لقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن



يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان كان احدهما) اي احد الزوجين (مملوكا)
اي سواء كان محجورا او ماذونا او مكاتبا (فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى) لكون اليد له بنفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره
من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين ما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمراة لذلك كذا في
العناية (وللحي بعد الممات) اي والمتاع للحي بعد الممات حرا كان الميت او مملوكا هكذا وقع في عامة شروح
الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو كذا في
الشروح واختار المص ره مختار العامة واستدل عليه بقوله (لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض) (فكان المتاع له و
هذا) اي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد الماذون والمكاتب (عند ابي حنيفة رح وقالا العبد الماذون له
في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما
قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات
فكذا في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا يعارض بينهما كذا في العناية

(فصل فيمن لا يكون خصما) لما ذكر احكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما لمناسبة المضادة بينهما وقدم الاول لكون
ذكره العمدة في المقام لان الكتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة واما ذكر الثاني فلتيفسح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها
فان قيل الفصل يشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد اصالة (واذا قال المدعى
هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين
المدعي) هذا لفظ القدوري يعني اذا ادعى رجل عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب
او رهنه عندي او غصبته منه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي قال المص ره (وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة) اي
اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي ايضا وكذا قال في النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه
عارية عندي او ما اشبه ذلك كذا في الذخيرة انتهى (لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل
المذكورة يعني ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعي
في التبيين بعد ذكر هذا الدليل فصار كما اذا اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هذه الاشياء دون
الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة
لا تندفع) اي الخصومة وان اقام البينة على ما قال (لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) اي عن الغائب لان
الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعني ان ذا اليد اثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر
اذ لا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) اي على اثبات الملك للغائب والبناء على
المتعذر (قلنا) اي في الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البينة شيئان) احدهما ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت والثاني
(دفع خصومة المدعي وهو) اي المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) اي فيثبت فيه دفع الخصومة في حقه وبناء الثاني على الاول
ممنوع لانفكاكه عنه وقد اشار اليه بقوله (وهو كالوكيل بنقل المراة) اي الى زوجها (واقامتها) عطف على الوكيل اي واقامة
المراة (البينة على الطلاق) يعني ان ما نحن فيه نظير ما اذا وكل رجلا وكيلا بنقل امراته اليه فاقامت المراة بينة ان الزوج طلقها
فان بينتها تقبل في قصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب (كما بيناه من قبل) اي في باب الوكالة بالخصومة

والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ولا تقبل في اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس باثبات الملك للغائب انما مقصوده لها اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة وفي هذا المدعي خصم له فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقرار خصمه لذلك (ولا تندفع) اي الخصومة (بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى) فانه قال باندفاعها بمجرد اقرار المدعى عليه بدون اقامة البينة وجه قوله ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ما ذكره المص ره بقوله (لانه) اي ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب (فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه) فهو متهم في اقراره (فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته الى ذمة غيره) بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينة وهو غير معهود في الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار كذا في العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال قد سبق في اول كتاب الدعوى ان اليد لا يثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى اقول هذا ليس بشيء اذ ليس مراد صاحب العناية ان عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع كيف ولا يخفى على مثله ان عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة كعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد ايضا الى غير ذلك وانما مراده ان اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة في دعوى العقار انما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر (وقال ابو يوسف ره آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب) اي جواب المسئلة (كما قلنا) اي يندفع عنه الخصومة باقامة البينة (وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) وان اقام البينة كما قال ابن شبرمة (لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لابطال حق غيره) اي يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة (فاذا اتهمه القاضي به) اي بالاحتيال (لا يقبله) اي لا يقبل ما شهد به قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف ره استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلي بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان واعلم ان هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء او بعينه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك لانه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا يتحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اذا قال الشهود اودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه) اي اصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لا تندفع عنه الخصومة) اي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر ان مرادهم بالاجماع هنا اجماع ائمتنا الثلاثة او اجماع ما عدا ابن ابي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المص ره في تعليل المسئلة (لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي) حيث لم يعرفوه (و لانه) اي ذا اليد (ما احاله) اي ما احال المدعي (الى معين ليمكن المدعي من اتباعه فلو اندفعت) اي الخصومة (لتضرر



المدعي) اقول في تعليله الثاني قصور اما من حيث اللفظ فلانه اضمر فيه المدعي اولا حيث قال ما احاله واظهره ثانيا حيث قال ليمكن المدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة باساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه اما العكس واما الاضمار في المقامين واما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع انه منقوض على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بالمسئلة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سنظهر وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسئلة في التبيين لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان ان يقول المص ره ايضا لانهم ما احالوه بدل قوله لانه ما احاله لان المسئلة في ان لا يعرفه الشهود لا في ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المص ره ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب حالهم اليه ويحتمل ان يكون الضمير البارز في قوله لانه والضمير في قوله ما احاله راجعين الى الشهود بتأويل من اشهد (ولو قالوا) اي الشهود (نعرفه) اي الرجل الذي اودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب) اي جواب المسئلة (عند محمد ره للوجه الثاني) وهو قوله ولانه ما احاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل لا أتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي والشروح (وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه) اي المدعى عليه (اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره) اي غير المدعي (حيث عرفه الشهود بوجهه) فحصل العلم بيقين ان المودع غير هذا المدعي (بخلاف الفصل الاول) وهو ما قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اصلا (فلم تكن يده) اي لم تكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني (يد خصومة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) اي لا يكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد افاده الشهادة فالحديث المار يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبته (والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده) اي شهود المدعى عليه هو ذو اليد وهو جواب عن قول محمد ره فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه (الا من دون المدعى عليه) لا من جهة ذي اليد (وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى) اي هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى الا ان فيها خمسة اقوال كما اشار اليه بقوله (وذكرنا الاقوال الخمسة) وهي قول ابن شبرمة وقول ابن ابي ليلى وقول ابي يوسف وقول محمد وقول ابي حنيفة رحمهم الله واما لان فيها خمس صور وهي الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكره ايضا (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القدوري يعني ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم للمدعي (لانه) اي المدعى عليه (لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ملكا مطلقا (وان قال المدعي غصبته مني) اي غصبت هذا الشيء مني (او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه) اي لان ذا اليد (انما صار خصما بدعوى الفعل عليه) اي بدعوى المدعي الفعل او هو الغصب او السرقة على ذي اليد (لا بيده) اي لم يصر ذو اليد في دعوى الفعل خصما بيده ثم ان فعل ذي اليد لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لانه) اي ذا اليد (خصم فيه) اي في دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لا يصح دعواه) اي دعوى الملك المطلق (على غير ذي اليد) ويده متردد بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما (ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليد) كما يصح دعواه على ذي اليد (وان قال المدعي سرق مني) اي ان قال المدعي

سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة) اي على ان فلانا اودعه اياه (لم تندفع الخصومة) هذا ايضا لفظ القدوري قال المص رح (وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد رح تندفع) اي الخصومة (وهو القياس لانه) اي المدعي (لم يدع الفعل عليه) اي على ذي اليد (فصار كما اذا قال) اي المدعي (غصب مني على ما لم يسم فاعله) يعني عن التجهيل فسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال غصب مني على ما لم يسم فاعله واقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هناك فكذلك هنا كذا في غاية البيان (ولهما) اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (ان ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعي الفاعل لا محالة) لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور (والظاهر انه) اي الفاعل (هو الذي في يده الا انه) اي المدعي (لم يعينه) اي لم يعين الفاعل (درءا للحد شفقة عليه) اي على ذي اليد (واقامة لحسبة الستر) اي لاجر الستر قال صاحب العناية فان قيل اذا لم يندفع الخصومة فهما القضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء وحينئذ اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي على ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك تبعين قطعت يده لظهورها قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب نظر اما في السؤال فلانه ان اراد بقوله وفي ذلك جعله سارقا ان في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان اراد به ان في ذلك مجرد جعله خصما في دعوى كون ذلك الشيء مسروقا من المدعي فهو مسلم لكن لا وجه حينئذ لقوله فما وجه الدرء وحينئذ اذ وجهه ح ظاهر وهو سقوط القطع لعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره اما في الجواب فلان مقتضاه ان جعل ذي اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين الى المدعي في مسئلتنا هذه انما كان لاجل الاحتيال للدرء الحد وان الاحتيال للدرء انما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه لان ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك بتعيين امر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها امر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما اذا اعترف بانها ملك الغير واودعها عنده فان اتلاف مال احد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود في الشرع (فصار) اي فصار ما اذا قال سرق بصيغة المجهول (كما اذا قال سرقت) بالتعيين في الخطاب (بخلاف الغصب) اي بخلاف ما اذا قال غصب مني بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة باثبات الوديعة بالاتفاق (لانه لا حد فيه) اي في الغصب (فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعي معذورا في التجهيل (واذا قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك) اي فلان الذي قال المدعي ابتعته منه (سقطت الخصومة) اي اسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدوري قال المص رح (لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه) اي في الشيء المدعى (لغيره) اي لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) اي وصول العين المدعاة وكان المطابق للضمائر السابقة ان يقول المص رح فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ولكنه يشبه انه قصد التفنن في العبارة (الى ذي اليد من جهته) اي من جهة الغير (فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم) اي المدعي (البينة ان فلانا) اي فلانا المذكور (وكله بقبضه) اي بقبض الشيء المدعى (لانه) اي المدعي (اثبت ببينته كونه احق بامساكها) اي بامساك العين المدعاة كانه قصد التفنن ههنا ايضا حيث قال ولا بقبضه بالتذكير ثانيا بامساكها بالتانيث

## باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين لان الاثنين بعد الواحد (قال) اي

القدوري



القدوري في مختصره (واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها) اي العين (له واقاما البينة) اي على ما ادعاه (قضي بها بينهما) اي نصفين وانما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في ملك امراة واقام كل واحد منهما بينة على انها امراته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد واقاما بينة فبينة الخارج اولى عندنا وفي احد قولي الشافعي رح تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى (وقال الشافعي رح) اي في المسئلة التي نحن فيها (في قول تهاترتا) اي البينتان اي تساقطتا وبطلتا ماخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه كذا في المغرب (وفي قول يقرع بينهما) اي بين المدعيين ويقضى لمن خرجت قرعته (لان احد البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل) اي في كل العين (في حالة واحدة وقد تعذر التمييز) اي بين الصادقة منها والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيتهاتران) كما لو شهدوا انه طلق امراته يوم النحر بمكة وآخران انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به اولى كذا في النهاية والكفاية (او يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما) وروى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم انت تقضي بين عبادك الى الحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته (ولنا حديث تميم بن طرفة) الطائي رواية عن ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه ذكره ابو داود ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين) وعن ابي الدرداء رضي الله تعالى عنه ان رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين (وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة يعني انه كان في ابتداء وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لانه تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان القاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار كذا في الكافي وسائر الشروح (ولان المطلق) بكسر اللام اي المجوز (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بان يعتمد احدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية في حل هذا المقام ولا نسلم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة ولا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه اشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى اقول الظاهر من تقريره انه قد حمل قول المص رح ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي رح ان احدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه انه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من ان معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته له لان استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب احدهما اي عدم مطابقتها للواقع متعين بلا ريب وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلا في دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندي ان لا يكون مراد المص رح بقوله المذكور منع قول الشافعي رح ذلك بل ان يكون مراده به القول بالموجب اي اثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم وتقريره ان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها

مطابق لذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع اولم تطابقه لان صحة الشهادة لا يعتمد تحقق المشهود به في الواقع فان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل انما يعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان (فيجب العمل بهما ما امكن) لان البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما امكن (وقد امكن) ههنا (بالتنصيف اذ المحل تقبله) اي تقبل التنصيف (وانما ينصف لاستوائهما) اي لاستواء المدعيين (في سبب الاستحقاق) وهو الشهادة فحاصل كلام المص رح ههنا على ما وجهناه ان مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما فانه مما لا يطلع عليه العباد وان وجه صحتهما ما ذكرنا ويرشد اليه انه قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نعلم كذب احدهما بيقين واجاب عنه حيث قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احدهما لنفس الامر من اجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب ان المانع عن قبول الشهادة وهو كذبها ههنا وهو مفقود شرعا والا لزم امتناع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتامل انتهى اقول في الجواب بحث اذ الظاهر ان مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لانه هو الذي يمكن ان يراد بلفظ الكذب ههنا بعد ان لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجه لان كون صدق الخبر مطابقة للاعتقاد والخبر وكذبه بعدم مطابقته للاعتقاد مذهب النظام ومن تابعه وقد ابطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى للاستدلال ائمتنا في هذه المسئلة وايضا لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان في قواعد الشرع من انه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى لان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وايضا لا يندفع ما قال الشافعي رح بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفي له كذب احدهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز العمل بها عند تيقن عدم مطابقة احدهما للواقع فلم يلتزم جواز العمل بها عند تيقن كذب احدهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسئلة فانما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي ان يترك به القول المعول عليه في معنى الصدق والكذب ثم ان قوله والا لزم امتناع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ان اراد به انه يلزم امتناع اطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بعينها ممنوع وان اراد به ان يلزم امتناع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب احدهما لا بعينها فمسلم لكن لا نعم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحد منها بعينها كان محتملا لا محققا فتامل (قال) اي القدوري في مختصره (فان ادعى كل واحد منهما) اي من الرجلين (نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكى عن ركن الاسلام علي السغدي انه لا يترجح احدهما الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونها في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان الآخر يقيم البينة ان نكاحه اسبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة قال المص رح (وهذا) اي الحكم المذكور (اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى) لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافي قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى اقول في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول واقيم البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني اولى قطعا وليس مدار السوال على دعوى اولوية الثاني



بل على منع اولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يتوجه ايضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا اي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة لجواز ان الاول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثاني كما ذكر في السوال فلم يثبت الاولوية في الاول مطلقا واما الجواب الثاني فهو ان كان صحيحا في نفسه الا ان فيه نوع احتياج الى بيان لمية الحكم بالاول فيما عاينا تقدمه ايضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت امكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثاني يحتمل ان يكون بعد الطلاق ويحتمل ان يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك ولا يقال يحمل امرها على الصلاح لان هذا انما يعتبر في الدفع لا في ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى (وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار) اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي انها امرأته ويقيم البينة فان كان في بيت احدهما او كان دخل بها فهي امرأته لان البينتين لما تعارضتا على العقد يرجح احدهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالث بالشراء واحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد اولى لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما امكن والامكان ثابت ههنا بان يجعل نكاح الذي دخل بها سابقا وكذا من دخل وهذا لان تمكنه من الدخول بها او من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فح سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انه تزوجها قبله او انه تزوجها دون الآخر فهي امرأته الا ان بينته تترجح باقرارها له كما بيناه في جانب الزوج او لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا في النهاية وانت تعلم ان هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب وانه يظهر منه ان قول القدوري فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة فاقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم يكن المرأة في بيت احدهما ولم يكن احدهما دخل بها واعلم ان هذا كله اذا كان التنازع حال حيوة المرأة واما اذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يورخا او ارخا على السواء فانه يقضي بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى حالة الوفاة والفرق ان المقصود في حال الحيوة هي المرأة وهي لا تصلح الشركة بينهما والمقصود بعد الوفات هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزى كذا في غاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط (ولو تفرد احدهما بالدعوى) يعني ان الذي ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد احدهما بالدعوى (والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) اي بما ادعاه الثاني (لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) اي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تاكدت بالقضاء وهذا لان في الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا ينقض بالمثل الا بعدم الراي كذا في غاية البيان (الا ان يوقت شهود الثاني سابقا) اي وقتا سابقا فانه يقضي حينئذ بادعاء الثاني (لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين) حيث ظهر انه تزوج منكوحة الغير اقول في قول المص رح بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به ولعل صاحب الكافي تنبه له حيث ترك لفظة بيقين في تحرير ه وكذا اذا كانت المرأة

في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق) قد مر بيان هذه المسئلة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل عن المبسوط بروز ن بهوت (قال) اى القدوري في مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد) قال المص ره (معناه) اى معنى قوله منه (من صاحب اليد) وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان يدعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري (واقام بينة) اى تمام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما اقاماها من غير توقيت حيث قال في شرح المقام واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكانه اخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي ههنا حيث قال ولم توقت واحد من البينتين وقتا واقول الاولى تعميمه لما لم يوقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولم التعميم لزم ان يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين اقسام هذه المسئلة لعدم دخولها في الصور الآتية المنشعبة من هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما) قال المص ره (لانه تغير عليه شرط عقده) وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة عليه كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء ورد على صاحب العناية الظاهر ان المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المص ره فلعل رغبته في تملك الكل وايضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا انتهى اقول الذي هو بصدد نفس ذلك القائل ههنا ساقط اما قوله ويؤيده قول المص ره فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المص ره هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية اكثر من ان يؤيده ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتامل الصادق واما قوله وايضا الاتحاد وصف العقد الخ فلان مراد صاحب العناية ان اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا انه شرط نفس العقد كما ان التراضي ايضا كذلك اذ يتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضى فيه وان مراد المص ره انه تغير شرط صحة عقده لا انه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له ان ياخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وانه لا محذور في كون احد وصفيه شرطا للآخر قال صاحب العناية فان قيل احدى البينتين ايقن البطلان لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كاملا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينات اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك ايضا وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي وذكره الاتقاني ههنا نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اورد عليه انتهى اقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا تقييده مسئلة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت فحينئذ تم جوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو دفع ما يرد من السؤال عن مسئلة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد واما دفع السؤال عن مسئلة اخرى غير مذكورة في الكتاب ففضلة من الكلام ههنا نعم الخطب في عدم وفاء جوابه بذلك نعم تقييده هناك ليس بمناسب راسا كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة ثم ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المسئلتين معا ذكره ايضا صاحب الكافي وعامة الشراح وهو ان التعيين يتصور وقوعهما



في وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بان يبيعا عبده فباع كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت انه لا يستحيل ورود بيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا (وان قضى القاضي به) اى بالعبد (بينهما) اى بين المدعيين (فقال احدهما لا اختار) النصف اى لا اختار الاخذ (لم يكن للآخر ان ياخذ جملته لانه) اى الآخر (صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه) اى في هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله (وهذا لانه خصم فيه) اى في النصف المقضي به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك) اى بخلاف ما اذا قال احدهما لا اختار الاخذ (قبل تخيير القاضي) اى قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل) وحجته قامت به (ولم يفسخ سببه) اى لم ينفسخ سبب استحقاق الكل في شيء (والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد) يعني انما كان اقتصاره على النصف للمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل (ونظيره) اى نظير ما قال احد مدعي الشراء لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي (تسليم احد الشفيعين قبل القضاء) اى تسليم احدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر ان ياخذ جميع الدار (ونظير الاول) اى نظير ما قال احد مدعي الشراء لا اختار الاخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء) اى تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر الا اخذ نصف الدار واعلم انه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى هنا وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص ره (لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد) فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) اذ قد تبين به ان الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا (ولو وقتت احدهما) اى احدى البينتين (ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك) اقول فيه شيء وهو ان الآخر اثبت الملك ايضا وانما الشك في انه قبل ذلك الوقت او بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس في الرجحان في العمل بالاحتمال الثاني على ان الشك في ان احدهما مقدم على الآخر او موخر عنه يستلزم الشك ايضا في ان الآخر مقدم عليه او موخر فلم يظهر الرجحان في جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو وقتت احديهما ولم توقت الاخرى قضى به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك في ذلك والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان اولى انتهى (وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص ره (ومعناه) اى معنى قوله ومع احدهما قبض (انه في يده) اى القبض ثابت في يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على ان يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع وجاز ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة كذا في النهاية وغيرها اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان هذه المسئلة والمسئلة السابقة التي كانت مذكورة ايضا في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التي ذكرها المص ره في التبيين وهو قوله ولو وقتت احديهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعا بها يرشد اليه انه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى مسئلة مستقلة

وقد قال المص ره فى عدد المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك ان يكون وضع المسئلة فيما اذا كان المدعى فى يد البائع وقال ههنا
ومعناه انه فى يده اى فى يد احد المدعيين فاقتضى هذا ان يكون المدعى فى يد المشترى فكان مخالفا لوضع المسئلة فليتامل فى التوجيه
(ولان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تعليل للمسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما
ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانى ان مانع العهد بعد به زمانه فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض يبنى على شرائه وتأخر
عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ
المتقدم اولى انتهى اقول قد اخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافى وعليه عامة الشراح لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان ماجرت
عليه عادة المص ره فى اسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام يابى ان يكون مراده ذلك اذ لو اراد ذلك لاكتفى بان قال لان قبضه
يدل على سبق شرائه اذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندى ان تحقق مراده هو ان يمكن احدهما
من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا
لغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه
على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المص ره بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة اجنبية سيظهر ثمرته الجليلة عن قريب
ان شاء الله تعالى (ولانهما استويا فى الاثبات) اى ولان القابض وغير القابض استويا فى اثبات الشراء بالبينة
القابض امر مرجح وهذه يده الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل ان يكون قبل القابض فى العقد فينتقض يد القابض ويحتمل ان يكون
بعده فى العقد فلا ينتقض يده فصار امره مشكوكا (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) فلا يقال بينة الخارج اولى من بينة ذى
اليد فينبغى ان ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من بينة ذى اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا اما اذا ادعيا الملك
بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافى ههنا وقد صرح به فى مواضع منها ما مر فى اوائل باب اليمين قال صاحب العناية
وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان
كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وذى اليد وكان بينة الخارج
اولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد فى البيان حيث قال فاما ههنا فلا يحتاج
الى اثبات الملك بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض اقوى لتاكده بالقبض
فكان هو اولى انتهى اقول فى الجواب بحث وهو ان الذى يثبت كل واحد من المدعيين الملك له ثمه وهو بائع كل واحد منهما ليس
بذى يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين وكون بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فيما اذا اثبتا الملك لانفسهما مسلم واما فيما اذا
اثبتناه لخارج آخر فممنوع الا يرى ان الدليل الذى ذكروا لاثبات كون بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد وهو ان الخارج
اكثر اثباتا واظهارا فان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذى اليد دليل مطلق الملك انتهى انما يجرى فيما اذا اثبتا الملك لنفسهما لا فيما اثبتناه
لخارج آخر كما لا يخفى فتامل (وكذا لو ذكر الآخر وقتا) اى ولو ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذى اليد ايضا (لما بيناه) قال
صاحب العناية بل عامة الشراح قوله لما بيناه اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اقول يرد عليهم انه لو اقول
المص ره فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبنى على المقدمين كما مر ذلك التحقيق لا يجرى
فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذى هو غير القابض فى وقت معين لم يبق مجال لان يضاف
الى اقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى اقرب الاوقات انما يتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم يثبت المقدمة الاولى



ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض اضيف الى اقرب الاوقات الذى هو الحال فلم يكن مع شراء غير القابض فلم تحصل المقدمة الثانية واما
شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه فى الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر الا انه ليس بتعين السبق
على الوقت الذى ذكره الآخر بل يحتمل ان يكون قبله او بعده فلا يقتضى بالشك مثل ما ذكره المص ره فيما اذا لم يوقت احدهما ووقت الآخر
ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب ان يحمل قول المص ره فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذى ذكرناه هناك
ثم يحمل قوله ههنا لما بيناه اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكورة تمشى فيما نحن فيه ايضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التى اشرنا اليها
فيما مر آنفا (الا ان يشهدوا) اى شهود الخارج (ان شراءه كان) اى شراء الخارج (قبل شراء صاحب اليد) فحينئذ
يكون الخارج اولى (لان الصريح يفوق الدلالة) يعنى ان يقدم عقد الخارج حينئذ تثبت بتصريح شهوده ويقدم عقد الآخر بالدلالة حيث
دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح (قال) اى القدورى فى مختصره (وان ادعى احدهما شراء
والآخر هبة وقبضا) قال المص ره (معناه من واحد) اى معنى ما قاله القدورى ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد
وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين حينئذ سواء ولا اولوية للشراء على الهبة كما سيجئ بعد ثم ان تمام لفظ القدورى (و
اقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى) وكذا الحكم اذا ارخا وتاريخهما على السواء كما ذكر فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
(لان الشراء اقوى) من الهبة (لكونه معاوضة من الجانبين) والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر
فكانت اولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات (ولانه يثبت الملك بنفسه) عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على
قوله لان الشراء اقوى اى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شئ (والملك فى الهبة يتوقف على القبض)
ولا شك ان ما تثبت الملك بذاته اقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشرى اقوى من الهبة يشهد بذلك قول المص ره
فيما سيأتى لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام
لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء تثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة تباينا
معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى اقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى انه جعل قول المص ره ولانه
يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشرى اقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو اولوية الشرى كما هو صريح كلام
صاحب الكافى ههنا لكن لا يخفى على ذى مسكة ان قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكر من الوجهين فى ان الشرى
اقوى انتهى ظاهر الدلالة على ان يكون قول المص ره ولانه يثبت الملك آلخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها
مستقلا لكون الشرى اقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لا يخفى (وكذا الشراء والصدقة مع القبض) اى كذا الحكم اذا ادعى احدهما
الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بيناه) اشارة الى ما ذكره فى المسئلة السابقة من الوجهين تكون الشراء اقوى (والهبة والقبض
والصدقة مع القبض سواء) يعنى اذا ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) اى نصفين كذا
فى الكافى وغيره (لاستوائهما فى وجه التبرع) كان قيل لا نسلم التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله
(ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل) اى لان اللزوم يرجع الى المآل اى يظهر اثره فى ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة
الرجوع فى المستقبل (والترجيح بمعنى قائم فى الحال) اى الترجيح انما يقع بمعنى قائم فى الحال لا بمعنى يرجع الى المآل واجيب ايضا
بان امتناع الرجوع فى الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ايضا
لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) اى القضاء بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح وكذا فيما يحتملها) اى

فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان (وعند البعض لان الشيوع طار) يعني ان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طاريا وذا لا يمنع الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة في الشائع) فصار كاقامة التبيين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة رح اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضى بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا انما تثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن للشيوع في الملك المستفاد من الهبة مانع صحتها كذا في العناية وغيرها (قال) اي القدوري في مختصره (واذا ادعى احدهما الشراء) اي شراء شئ كعبد مثلا من رجل (وادعت امرأته انه) اي ذلك الرجل (تزوجها عليه) اي تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى (فهما سواء) اي يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين (لاستوائهما) اي استواء الشراء والنكاح (في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء اما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالاسبق اولى كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى احدهما الشراء وادعت المرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى وفي التبيين للامام الزيلعي ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى (وهذا) اي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة) اي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء) يعني ان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل لهما لان الشراء بعده يبطل اذا لم يجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها اذا التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه بان لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء اقول ههنا اشكال ظاهر وهو ان العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يورخا واما اذا ارخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد رح ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم ار احدا تعرض لتخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تحمل بعضهم في دفعه فقال ويمكن ان يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين ان يقول الشهود مثلا كان العقد في اول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر انه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتاخر ولم يرد بشاهدين يشهدان على عقد مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتامل صاحب العناية وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح عما قاله محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع لهذا ما ذكره محمد رح فانه اذا تاخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سوينا بينهما انتهى اقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تاخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم يسم جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابي يوسف رح ان يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة اذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك (وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح (وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى) وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله (لانها) اي لان الهبة (تثبت الملك) اي ملك العين (والرهن لا يثبته) فكان بينة الهبة اكثر اثباتا فهو اولى (وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) اي المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد



الضمان اقوى) اي من عقد التبرع ولان بينة الرهن يثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا يثبت الا بدلا واحدا فكانت اكثر اثباتا وكانت اولى كذا في الشروح (بخلاف الهبة بشرط العوض) يعني لا يرد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت اولى من الرهن (لانه بيع انتهاء) اي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الجزاء وتاويل العقد (والبيع اولى من الرهن لانه) اي البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض) اي فكذا الهبة بشرط العوض اولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فيكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة (وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله (لانه) اي لان صاحب التاريخ الاقدم (اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه) اي والغرض ان الآخر لم يتلق منه هذا قول ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف رح آخرا وبه قال محمد رح اولا واما على قول محمد رح آخرا فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما ولم يورخ الآخر ففي النوادر عن ابي حنيفة رح انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى هذا قول ابي يوسف رح يقضى للذي ارخ وعلى قول محمد رح يقضى للذي لم يورخ لانه يدعي اولوية الملك كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وسياتي تمام بيانه في الكتاب ان شاء الله تعالى (قال) اي القدوري في مختصره (ولو ادعيا الشراء من واحد) قال المص رح (معناه من غير صاحب اليد) اي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليست في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد فائدة فان في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الاحكام لا يتفاوت ان يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد او من غيره بعد ان يكون البائع واحدا لانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا فان ارخا وتاريخهما على السواء ولم يورخا فالدار بينهما نصفان لانهما استويا في الدعوى والحجة وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق اولى لانه اثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه احد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت وتبين ان الآخر اشتراها من غير المالك وان ارخ احدهما ولم يورخ الآخر فالمورخ اولى تعليلا النقض ما هو ثابت لانا اذا جعلنا المورخ اولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير واما اذا قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الامران بالبينة واذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بان ادعى رجل انه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا آخر وجاء رجل آخر وادعى انه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه فان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا وان ارخ احدهما ولم يورخ الآخر فالمورخ اولى لما قلنا انتهى وقد اقتفى اكثر الشراح اثر صاحب النهاية في مواخذة المص رح ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال اولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا فيثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعيا الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم انتهى اقول الحق ما قاله صاحب الكفاية وتوضيحه ان الامام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين احدهما ههنا والاخرى في اثناء الاحكام المتشعبة من قوله فيما لو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى من حيث قال هناك ولو ذكر كل منهما تاريخا فهو الاول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المص رح قوله الاول الى ما اذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثاني الى ما اذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حمل المومن على الصلاح فلا غبار فيه اصلا والعجب ممن طعنوا فيه انهم قالوا بصدد شرح قول المص رح

فیما مر معناه من صاحب الید انما قید به لان کل واحد منهما لو ادعی الشراء من غیر صاحب الید فهو لا یخلو اما ان ادعیا الشراء من واحد او اثنین فالحکم علی التفصیل یجی بعد هذا فی الکتاب انتهی وذلک الکلام منهم اعتراف بان معنی قوله ههنا ولو ادعیا الشراء من واحد ادعیاه من غیر صاحب الید او لا یجی فی الکتاب مسئلة ان ادعیا الشراء من واحد غیر قوله هذا او بان فائدة التقیید ههنا الاحتراز عن التکرار فکیف لم یتنبهوا لکون فائدة التقیید ههنا ایضا الاحتراز عن التکرار (وان اقاما البینة علی تاریخین) هذا من تتمة ما سبق ای لو ادعیا الشراء من واحد غیر صاحب الید واقاما البینة علی تاریخین (فالاول اولی) ای فصاحب التاریخ الاول اولی (لما بیناه) ای فی مسئلة ای ادعیا الشراء من صاحب الید (وانه اثبته) ای ان صاحب التاریخ الاول اثبت الشراء (فی وقت لا منازع له فیه) ای فی ذلک الوقت فاندفع الآخر به (وان اقام کل واحد منهما البینة علی الشراء من آخر) کان اقام احدهما البینة علی الشراء من زید مثلا والآخر علی الشراء من عمرو (وذکرا تاریخا فهما سواء) قال صاحب النهایة ومعراج الدرایة ای ذکرا تاریخا واحدا واما لو ذکرا تاریخین فالسابق اولی لاثبات الملک لبائعه فی وقت لا ینازعه الآخر فیه ویرجع الآخر بالثمن علی بائعه لاستحقاق المبیع من یده کذا فی المبسوط انتهی وقد سلک صاحب العنایة مسلکهما فی شرح المقام حیث قال وذکرا تاریخا واحدا فهما سواء انتهی وقال صاحب الکفایة اخذا من الکافی ای سواء کان تاریخهما واحدا او کان احدهما اسبق تاریخا فهما سواء لانهما یثبتان الملک لبائعهما ولا تاریخ لملک البائعین فیصیر کانهما حضرا واقاما البینة علی الملک بدون التاریخ کان الملک بینهما فکذا فیمن تلقی الملک منهما بخلاف ما اذا ادعیا الشراء من واحد معین لانهما اتفقا ان الملک کان له وانما یختلفان فی التلقی منه وسبقهما تاریخا اثبت التلقی لنفسه فی زمان لا ینازعه فیه صاحبه فیقضی له بذلک ولا یقضی للغیر بعد ذلک الا اذا ادعی التلقی منه والآخر لا یدعی التلقی منه انتهی وقد سلک الامام الزیلعی هذا المسلک فی شرح هذا المقام من الکنز اقول السر فی اختلاف کلمات الثقات من شراح هذا الکتاب وغیره فی حل هذه المسئلة هو اختلاف الروایتین عن المجتهدین فیما اذا ادعیا الشراء من اثنین وکان احدهما اسبق تاریخا کما صرح به فی معتبرات الفتاوی حیث قال فی فتاوی قاضیخان ولو ادعیا الشراء کل واحد منهما من رجل آخر انه اشتراها من فلان وهو یملکها واقام آخر البینة انه اشتراها من فلان آخر وهو یملکها فان القاضی یقضی بینهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول اولی فی ظاهر الروایة وعن محمد رح انه لا یعتبر التاریخ وان ارخ احدهما دون الآخر یقضی بینهما اتفاقا انتهی وقال فی البدائع اما اذا ادعیا الشراء من اثنین سوی صاحب الید مطلقا عن الوقت واقاما البینة علی ذلک یقضی بینهما نصفین وان کان وقتهما واحدا فکذلک وان کان احدهما اسبق من الآخر فالاسبق تاریخا اولی عند ابی حنیفة وابی یوسف رحمهما الله وکذا عند محمد رح فی روایة الاصول بخلاف المیراث فانه یکون بینهما نصفین عنده وعن محمد رح فی الاملاء انه یستوی بین المیراث وبین الشراء وقال لا عبرة بالتاریخ فی الشراء ایضا الا ان یورخا ملک البائعین انتهی وذکر فی الذخیرة ایضا کذلک مع نوع تفصیل وکذا فی غیرها ثم اقول الذی یظهر من نقل تلک المعتبرات ان کون صاحب التاریخ الاسبق اولی فیما اذا ادعیا الشراء من اثنین ظاهر الروایة وانه قول اکثر المجتهدین واکبرهم فحمل مسئلة الکتاب علی ما لا ینافیه اولی کما لا یخفی قال المص رح فی تعلیل المسئلة المذکورة (لانهما یثبتان الملک لبائعهما فیصیر کانهما حضرا) ای فیصیر کان البائعین حضرا وادعیا وارخا تاریخا واحدا (ثم یتخیر کل واحد منهما کما ذکرنا من قبل) ان کل واحد منهما بالخیار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترک (ولو وقتت احدی البینتین وقتا ولم توقت الاخری قضی بینهما نصفین) یعنی اذا ادعی الخارجان شراء کل واحد من رجل آخر واقاما البینة ووقتت احدی البینتین دون الاخری قضی بینهما نصفین (لان توقیت احدهما لا یدل علی تقدم الملک) ای علی تقدم ملک بائعه یعنی ان کل واحد من المدعیین ههنا خصم عن بائعه فی اثبات الملک له وتوقیت احدهما لا یدل علی تقدم ملک بائعه (لجواز ان یکون الآخر اقدم) ای لجواز ان یکون البائع الآخر اقدم فی الملک (بخلاف ما اذا کان البائع واحدا لانهما)



ای المدعیین (اتفقا) فی هذه الصورة (علی ان الملک لا یتلقی) ای لا یوخذ (الا من جهته) ای من جهة البائع الواحد فحاجة کل واحد منهما الی اثبات سبب الانتقال الیه وهو الشراء لا الی اثبات الملک للبائع (فاذا اثبت احدهما تاریخا یحکم به حتی یتبین انه تقدمه شراء غیره) قال صاحب العنایة لان الثابت بالبینة کالثابت عیانا ولو عاینا بیده الملک حکمنا به فکذا اذا اثبت البینة الا اذا تبین انه تقدم علیه شراء غیره انتهی اقول فیه نظر لان الکلام فی توقیت احدی البینتین لا فی اثباتها الید فلا یلزم من کون الثابت بالبینة کالثابت عیانا ان یکون الثابت بالبینة الموقتة کالملک المعاین بالید فلا تعلق لقوله ولو عاینا بیده الملک حکمنا به بالمقام وانما اللازم من کون الثابت بالبینة کالثابت عیانا ان یکون شراء من وقتت بینته کالشراء المعاین لثبوته بالبینة ولکن الآخر مشترک فی هذا اللازم لثبوت شرائه ایضا بالبینة نعم بینهما فرق من حیث ان الاول یصیر بمنزلة من عاینا شراءه ووقته معلوم متعین عندنا الآن والثانی یصیر بمنزلة من عاینا شرائه ایضا ولکن وقته غیر معلوم عندنا الآن بل یحتمل التقدم علی الآخر والتاخیر عنه الا ان هذا الفرق لا یجدی نفعا اذ الظاهر ان الحکم فی هذه الصورة ایضا لصاحب الوقت یثبت ما لم یعرف انه اسبق من الآخر فالوجه فی تعلیل کلام المص رح ههنا ان یقال لان الشراء امر حادث والحادث یضاف الی اقرب الاوقات ما لم یتبین وقته علی ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غیر الموقت یضاف الی اقرب الاوقات وهو الحال فیتاخر عن شراء الموقت حکما وقد اشیر الی هذا الوجه ههنا اجمالا فی غایة البیان وشرح تاج الشریعة ومر منا تفصیل نظیره فیما سبق نقلا عن الکافی فتذکر ثم قال صاحب العنایة ولقائل ان یقول حاصل الفرق بین المسئلتین بما ذکر من قوله لانهما اتفقا علی ان الملک لا یتلقی الا من جهته واما الباقی فمشترک بین المسئلتین وذلک لا دخل له فی الفرق لجواز ان یقال من ثبت له الملک فهو کمن ثبت له عیانا فیحکم به الا اذا تبین تقدم شراء غیره والجواب ان لذلک مدخلا فی الفرق لان البائع اذا کان واحدا کان التعاقب ضروریا وقد ثبت لاحدهما بالبینة ملک فی وقت وملک غیره مشکوک ان تاخر لم یضر وان تقدم ملک فتعارضا فیرجح بالوقت واما اذا کان متعددا فکما جاز ان یقعا متعاقبین جاز ان یقعا معا وفی ذلک تعارض ایضا فضعف موقع الوقت عن الترجیح لتضاعف التعارض انتهی اقول فی الجواب بحث اما اولا فلان قوله لان البائع اذا کان واحدا کان التعاقب ضروریا ممنوع لجواز ان یوکل واحد رجلین ببیع عبده مثلا فیبیع کل واحد منهما من رجل فی وقت واحد وعقد الوکیل کعقد الموکل فیضاف عقده الی الموکل مجازا کما ذکرنا فیما مر نقلا عن الکافی وعامة الشراح لدفع السوال تیقن کذب احدی البینتین واما ثانیا فلان قوله فیرجح بالوقت غیر تام لان الشک فی ملک غیر الموقت یستلزم الشک فی ملک الموقت لان تقدم احدهما علی الآخر یستلزم تاخر الآخر عنه وکذا تاخره عن الآخر یستلزم تقدم الآخر علیه فاحتمال تقدم احدهما علی الآخر وتاخره عنه وهو سبب الشک فی ملکه یستلزم احتمال تقدم الآخر علیه وتاخره عنه فیلزم الشک فی ملکه ایضا ولا شک ان الوقت من حیث هو وقت لا مدخل له فی ترجیح الملک لاحدهما بل انما یتصور الترجیح به لتقدمه علی وقت الآخر فاذا کان هذا مشکوکا فلا مجال للترجیح به اصلا واما ثالثا فلان قوله فضعف قوة الوقت عن الترجیح لتضاعف التعارض غیر معقول لان التعارض متی تضاعف لا یزید شیئا علی التساوی والتساقط فما یصلح للترجیح فی مرتبة من التعارض ینبغی ان یصلح له فی سائر المراتب منه ولعمری ان صاحب العنایة قد تصنع فی حل هذا المقام زیادة علی سائر الشراح ولکن ما اتی بشیء یعتد به کما عرفت وان فیما ذکرناه من الوجه فی تعلیل کلام المص رح ههنا لمندوحة عن جمیع ما ذکره فتفکر (ولو ادعی احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غیره والثالث المیراث من ابیه والرابع الصدقة والقبض من آخر) واقاموا البینة (قضی بینهم ارباعا) وهذه من مسائل المبسوط ذکرها المص رح تفریعا وقال فی تعلیلها (لانهم یتلقون الملک من باعتهم) وفی بعض النسخ من بائعهم وکلاهما بطریق التغلیب

لان البائع واحد من الملكين الاربعة فكان المراد منه من تمليكهم وفي بعض النسخ من تلقيهم استدلالا بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كانهم) اي الملكين (حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق) لانفسهم وثمه يقضي بينهم ارباعا فكذا ههنا

(قال) اي القدوري في مختصره (فان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى) اي كان صاحب اليد اولى قال المص ره (وهذا) اي هذا الحكم (عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد ره وعنه ره) اي عن محمد رح (انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه) يعني ان هذا قوله الآخر المرجوع اليه وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد ره انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا من بينة الخارج كانت اولى بعد انصرافه من الرقة (وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا النتاج وما في معناه لان التاريخ ليس سبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذا في النهاية ومعراج الدراية قال المص ره في تعليل ذلك (لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء) قال بعض الفضلاء هذا يحتاج الى البيان اقول في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز ان يكون جهة الملك اي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم في نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر اسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الآخر حيث كان الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب ملكه احد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال ان يكون الآخر اسبق في الملك (ولهما) اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة) فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه يندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد في ان العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها لدفع كذا في النهاية والعناية (وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما) اي لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح لا يعتبر الوقت وكانهما قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما كذا في النهاية نقلا من الايضاح (والمعنى ما بيناه) وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين (ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) اي من غير ذكر سبب (ووقت احدهما) اي احدى البينتين (دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف ره وهو رواية عن ابي حنيفة ره صاحب الوقت اولى) انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذو اليد اذا اقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية (لانه اقدم) دليل على ما قاله ابو يوسف رح اي لان صاحب الوقت اقدم (وصار كما في دعوى الشراء) اي فصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء (اذا ارخت احدهما) اي اذا ارخت احدى البينتين هناك (كان صاحب التاريخ اولى) فكذا ههنا والجواب ان الشراء معنى حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه في الحال وكان اولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان (ولهما) اي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه) اي لتضمن البينة تاويل الشاهد (معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته) اي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احدهما لا يحصل



اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لا يقول بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قول الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال فيه بحث فان اولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى اقول هذا الاعتراض ليس بشيء اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد ره في مسئلتنا هذه اعني اولوية الخارج فيما اذا وقت احدهما دون الاخرى يجوز ان يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقاني على انه قوله الآخر بل مراده ان قول المص ره ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح في مسئلتنا هذه يجوز ان يكون بناء على محمد رح الاول في المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثاني هناك وتوضيح المقام ان لمحمد رح في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضى للذي لم يوقت وهذا مبني على اعتباره التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه ابو حنيفة رح ووجهه ان غير الموقت اسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى اولية الملك وقوله الآخر ان الخارج اولى وهذا مبني على انه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع ابي حنيفة رح كما انه في قوله الاول في المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول لو اريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة المقابلة ان بينة ذي اليد انما يقبل لتضمنها معنى الدفع بل كفى ان يقال ان بينة ذي اليد لا يقبل عنده اصلا في غير النتاج وما في معناه لما مر له من الدليل في المسئلة الاولى ولكن المص ره لما قصد الجمع بين ابي حنيفة ومحمد رح في دليل واحد ليستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد رح استدل على قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الآخر في هذه المسئلة بما يجمعهما مراعيا قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الاول في المسئلة الاولى فاحتاج الى ذكر تلك المسئلة وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه وقال ذلك البعض ويجوز ان يكون النكتة لابي حنيفة رح ووجه محمد رح غير مذكور هنا وقوله انها من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام امر مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر (وعلى هذا) اي على الخلاف المذكور (واذا كانت الدار في ايديهما) واقاما البينة على الملك المطلق فوقتت بينة احدهما دون بينة الآخر يعني لا عبرة للتاريخ عندهما والدار للمورخ عند ابي يوسف رح (ولو كانت في يد ثالث) اي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث (والمسئلة بحالها) اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى (فهما سواء) اي فالخارجان سواء يعني يقضى بينهما نصفين (عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد ره الذي اطلق) اي لم يوقت (اولى لانه) اي الاطلاق (ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) كالاولاد والاكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) اي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض فان من اقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلا استحقها وزوائدها ويرجع باعتها بعضهم على بعض فكان مدعي مطلق الملك كان مدعيا للملك من الاصل وملك الاصل اولى من التاريخ (ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين) يعني ان العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل (كما لو ادعيا الشراء) اي ادعياه من بائع واحد وارخ احدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ اولى كما مر (ولابي حنيفة ره ان التاريخ يضامه) اي يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) اي اعتبار التاريخ يعني انه يحتمل ان يكون تاريخ الذي ارخ سابقا على تاريخ صاحبه ويحتمل ان يكون متاخرا عنه فتركناه مفارنا له رعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج

الشريعة وغيره (فصار) اي فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق) اي بدون ان يذكر التاريخ اصلا (بخلاف
الشراء) جواب عن قول ابي يوسف رح كما لو ادعيا الشراء (لانه) اي الشراء (امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات) وهو
الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لامحالة اقول الآن
محصص الحق من المص رح فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل ابي يوسف رحمه الله ههنا وكنت
استشكله هناك واخترت ماذكره صاحب الكافي هناك مرافقا لما ذكره المص رح في خاتمة الكتاب ههنا فتذكر (قال) اي
القدوري في مختصره (وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى)
سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان واما جواب القياس فالخارج اولى
وبه اخذ ابن ابي ليلى ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق اولية الملك بالنتاج
تثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا تثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه فكان بينة الخارج
اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه الاستحسان ما اشار اليه المص رح بقوله (لان البينة) اي
بينة ذي اليد (قامت على ما لا تدل عليه اليد) وهو اولية الملك بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد
باليد فيقضى له) اي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه
لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا تكررت بينة دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا كذا
قرر في العناية واكتفى به اقول يرد عليه ان وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ماذكروا من وجه القياس لان تساوي البينتين من جهة
دلالة كل واحدة منهما على اولية الملك بالنتاج لا ينافي ان تكون بينة الخارج اكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات
بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح
به في وجه القياس فينبغي ان يكون بينة الخارج اولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك قرارا في تقريرها
شيئا لدفعه حيث قال فان قلت ان بينة الخارج اكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك
على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان اولى الا ترى انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كانت
في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى اقول ويرد عليه ان كون بينة ذي اليد مثبتة لاولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة
الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذي لا يتكرر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج ايضا لان كلامنا فيما اذا اقام كل واحد من الخارج وصاحب
اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة اخرى لها اقسام واحكام آخر كما سيجئ في
آخر هذا الباب فاذا لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكراه ههنا واعلم انه وجه الاستحسان الذي
لا يحوم حوله شائبة استشكال ههنا ما روى ابو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعى ناقة
في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم
انه ذكر في الشروح اخذا من الذخيرة ان بينة ذي اليد على النتاج انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب
او الوديعة او الاجارة او الرهن او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد ببينته يثبت ما هو ثابت بظاهر
يده من وجه والخارج ببينته يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا فهي اولى انتهى ولكن قال عماد الدين
في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه ابو الليث رح في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف



المذكور في الذخيرة فقال دابة في يدي رجل اقام آخر بينة انها دابته اجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وصاحب اليد اقام بينة انها
دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة والاجارة او الرهن والنتاج اسبق من الاعارة و
الاجارة والرهن فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى (وهذا هو الصحيح) اي ماذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب
عامة المشائخ (خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رح انه تتهاتر البينتان ويترك في يده) اي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد
(لا على طريق القضاء) اي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله ان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين
اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين وفي مثل هذا تتهاتر البينتان كما في مسئلة كوفة ومكة على ما مر في اول هذا الباب وجه صحة ما ذهب اليه
العامة ان محمدا رح ذكر في الخارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد
وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواقطها في يد آخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها و
بالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي
يتيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة
على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد
سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين الواحد
لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له
اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل
شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يطلق لكل واحد
منهما اداء الشهادة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا
يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد
في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك اما ههنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في
حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن ابان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا
فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعدما حلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) اي ولو اخذ
كل واحد من الخارج وذي اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (واقاما البينة على النتاج عنده) اي
واقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذي
اليد لان كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه فكان المملكين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمه لصاحب اليد كذلك ههنا
(ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان) اي خارجا كان صاحب
النتاج او ذا اليد (لان بينته) اي لان بينة صاحب اليد (قامت على اولية الملك فلا يثبت) اي فلا يثبت (الملك
للآخر الا بالتلقي من جهته) اي من جهة صاحب النتاج والفرض ان الآخر لم يتلق منه (وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين)
بان ادعى احدهما الملك والآخر النتاج (فبينة النتاج اولى لما ذكرنا) من ان بينته تدل على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من
جهته (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له) اي للثالث (الا ان يعيدها) اي
البينة (ذو اليد) فحينئذ يقضى له (لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة

في حق شخص لا يقضى بثبوته في حق آخر فان ماذو اليد ببينته يقضى له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث
قال في البدائع فرق بين الملك وبين العتق ان القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص
لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق وجه الفرق ان العتق حق الله تعالى
الا يرى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر على ابطاله واذا كان حق الله تعالى فالناس في
اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في
العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفا قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف
الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب فيه خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة او بثبوت النيابة شرعا او اتصال بين الحاضر والغائب
فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز
انتهى (وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل) اي تقبل بينته (وينقض القضاء به) اي
وينقض القضاء الاول صورته اما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي له بها ثم اقام ذو اليد البينة
على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الاول كذا في النهاية والكفاية (لانه بمنزلة النص الاول) اي لان اقامة البينة على النتاج بمنزلة
النص في الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هناك كذا هنا وهذا استحسان و
في القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا يقبل الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان
باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطاء فلا يكون مقضيا عليه كذا في العناية وغيرها اقول
فيه شيء وهو ان في ظاهر هذا الجواب بحثا وجاعن المسئلة التي نحن بصددها فان عبارة المسئلة هكذا وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام
البينة على النتاج يقبل وينقض القضاء وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه وينقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهرا فالاولى في
الجواب ان يقال ان كونه مقضيا عليه لا يضر بقبول البينة لان القبول لبينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا في
نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضي فاذا ظهر تبين خطاء القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينتقض كالقضاء الظاهر في خلافه نص
قول الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج يجتهد فيه فان ابن ابي ليلى ترجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض
نقضا للقضاء لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء
فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة
من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى اقول لا يتوجه السؤال راسا لان كلامنا في ان المقضي عليه بالملك
المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وترجيح ابن ابي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد
النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه واما ترجيحه بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن
فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم اظفر بالتصريح بذلك من احد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي اخذ به ابن ابي ليلى
لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتامل (قال) اي القدوري في مختصره (وكذلك النسج) اي النسج كالنتاج في انه لا يتكرر
وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه بانه نسجه في ملكه واقام على ذلك
بينة واقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كذا في النهاية (وفي الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة كغزل
القطن) هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد اخرى كالخز وفي المبسوط النسج في الثوب موجب لاولية الملك فيه وهو



مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا ان يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد اخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك
كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج) قد تقدم ان القياس في دعوى النتاج ما ذهب اليه ابن ابي ليلى من
ان بينة الخارج اولى وان ما ذهبنا اليه من كون بينة ذي اليد اولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث جابر رضي الله عنه كما روينا من
قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من اسباب الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحلب
اللبن واتخاذ الجبن واللبد) اي واتخاذ اللبد (والمرعزى) اي وجز المرعزى اذا اشددت الراء قصرت واذا خففت مدت
والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب (وجز الصوف) فاذا ادعى
كل واحد من الخارج وذي اليد لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى لبدا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى مرعزى
انها ملكه جزها من عنزه او ادعى صوفا انه ملكه جزه من غنمه واقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد في هذه الصورة كلها لان اسباب
الملك فيها لا يكون الا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فالحقت به (وان كان يتكرر) اي وان كان سبب الملك
يتكرر (قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق) قال صاحب النهاية والمعنى فيه ان الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير
لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك
المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يكون للخارج بنسجه فكان
في معنى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اما اولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد اسطر واما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة
بالشك انتهى اقول كلا البحثين ساقط جدا اما الاول فلانه لا يقضى ههنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه
وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة الى ذي اليد حتى كان المدعى للخارج بل انما يقضى ههنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها اكثر اثباتا كما في
الملك المطلق فلم يعتبر الا سبب واحد هو للخارج بخلاف ما سيجيء بعد اسطر حيث يقضى هناك على قول محمد رحمه الله بالبينتين على اعتبار
السببين ويكون المدعي للخارج فيتجه اليه من قبل الامامين ان يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك حيث قال لم يثبت الملك لذي
اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى واما الثاني فلان ما ذكره صاحب النهاية
من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف ينقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان كون دعوى
الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق ودون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على اولية الملك كالنتاج
بل يحتمل ان يثبت به الملك اولا وثانيا كالملك المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج اكثر اثباتا من
بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة دعوى الملك المطلق ولا حاجة الى بيانه ههنا ومفاسد قلة التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان
واستشكل ذلك البعض قول المص ره وان كان يتكرر قضي به للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع ان بينة ذي اليد اولى فلا بد
من الفرق اقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق بلا تفاوت بينهما على ما صرح به
في سائر المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه هناك واما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد
اولى لما مر في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو ان كلا من الخارج وذي اليد هناك اثبت ببينته الاستحقاق على ثالث حيث
ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به فكان ما ادعياه بسبب الاستحقاق على الغير لا بسبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق
بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المص ره ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضي به
للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق (وهو) اي السبب المتكرر في الملك

(ومثل الخز) اى مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج (والبناء
والغرس وزراعة الحنطة والحبوب) اى وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوبا انه ملكه نسجه من خزه
او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب كذلك واقاما على ذلك بينة قضى بذلك
للخارج في هذه الصور كلها لان اسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما البناء فلانه يكون مرة بعد اخرى
واما الغرس فكذلك واما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم تغربل التراب فتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل
صارت بمنزلة الملك المطلق (فان اشكل عليهم) اى فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع الى اهل الخبرة) اى يسأل القاضي
اهل العلم عن ذلك يعني العدول منهم ويبنى الحكم على قولهم (لانهم اعرف به) قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان
احوط كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة (فان اشكل) ذلك على اهل الخبرة ايضا (قضي به) اى بالمشكل (للخارج لان القضاء ببينته)
اى ببينة الخارج (هو الاصل) لان القياس (والعدول عنه بخبر النتاج) اى والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج اى بحديث النتاج وهو
حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان (فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل) الذي هو القياس (قال) اى القدوري
في مختصره (وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه) اى من ذلك الخارج (كان صاحب
اليد اولى لان الاول) اى الخارج (وان كان يدعي اولية الملك) وفي بعض النسخ ان كان يثبت اولية الملك (فهذا) اى
فصاحب اليد (تلقى منه) اى تلقى الملك من ذلك الخارج (وفي هذا لا تنافي) كما لا يخفى (فصار) اى فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا
اقر بالملك له) اى كما اذا اقر صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) اى صاحب اليد (الشراء منه) اى من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في
الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا ففي كل الصور الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد بينة على النتاج او ارخا وتاريخ
صاحب اليد اسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب ترجح بينة صاحب اليد ايضا وهي فيما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب
اليد البينة على انه اشتراه من المدعي لان المدعي ان كان اثبت اولية الملك فهذا تلقى منه فحصل من هذا ان بينة ذي اليد ترجح على بينة الخارج
في هذه الصور الثلث التي ذكرناها انتهى اقول لا مساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول لانه فيما اذا ادعى كل واحد من
الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا الخ وما ذكر في
الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء الا
وجعل ما ترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان اراد ان ما ترجح فيه بينة ذي اليد على بينة
الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق بهذه الصور الثلث فليس بصحيح كما لا يخفى وان اراد ان ما ترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا
الملك المطلق او غيره هذه الصورة الثلث فليس بتام لان ما ترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلث
بل متحقق في غيرها كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ احدهما اسبق على ما سبق في الكتاب (قال) اى القدوري في مختصره (وان
اقام كل واحد منهما) اى الخارج وذي اليد (البينة على الشراء من الآخر) اى اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذي
اليد واقامها ذو اليد على انه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) بغير قضاء
(قال رض) اى قال المص ره (وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعلى قول محمد ره يقضى بالبينتين وتكون) اى وتكون الدار
(للخارج لان العمل بهما) اى بالبينتين (ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) اى ثم باع ذو اليد من الخارج
(ولم يقبض) الخارج (لان القبض دلالة السبق) اى لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر) اشارة الى قوله الم [illegible]



تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الامر) اى لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد
اولا ثم باعها اياه (لان البيع قبل القبض لا يجوز) يعني ان العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز (وان كان) اى وان كان المبيع
(في العقار عنده) اى عند محمد ره (ولهما) اى ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (ان الاقدام على الشراء اقرار منه) اى من المشتري
(بالملك للبائع فصار) اى فصار امر هذه المسئلة (كانهما) اى البينتين (قامتا على الاقرارين) اى على الاقرارين من الطرفين (وفيه التهاتر
بالاجماع فكذا هنا) اى فيما نحن فيه (ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) هذا دليل آخر لهما تضمن للجواب عما قاله محمد ره ان العمل بالبينتين
ممكن يعني ان السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد
الا بملك مستحق) اى مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد فانما يقضى لنزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة ههنا مفيدا الحكمة بالنسبة
اليه (فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده) فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين اقول للمطالب ان يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه
على قولهما وبين ما اذا اقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند ائمتنا الثلثة على ما هو الصحيح
بل تقضى ببينة ذي اليد بناء على ان البينتين استوتا في الاثبات وترجحت بينة ذي اليد باليد كما مر فتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة
هناك فتأمل في الفرق (ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا) اى اذا استوى
الثمنان (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشيء من العقدين عندهما وان كان احد الثمنين اكثر رجع بالزيادة كذا في شرح
الكنز للزيلعي ثم ان هذا اى القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا في الكافي فان قلت تهاترت البينتان في الشراء
عندهما فينبغي ان يكون كذلك في حق النقد لانه في ضمنه قلت امكن ان لا يقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر كالمراة اذا اقامت
البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة (وان لم يشهدوا
على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد ره للوجوب عنده) اى لوجوب الثمن عند محمد ره فان البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد
منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا) اى البينتان (بالاجماع) لكن
على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تتهاتر الشهود فكذلك
ههنا وعند محمد ره باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا
والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول تساقطا للتعارض فيبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو
معنى قول المص ره (لان الجمع غير ممكن عند محمد ره) اى لان العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم اولوية
احدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالة فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين
سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا ايضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقي العين في يد صاحب
اليد كما كانت (بخلاف الاول) اى بخلاف ما اذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا لدلالة
القبض على السبق اذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر هذا زبدة ما في جملة الشروح في حل هذا المقام اقول لقائل ان
يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما بجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد
منهما يزعم انه ماله واقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب وايضا قلنا اذا ادعى اثنان عينا
في يد ثالث كل واحد منهما يدعي انه اشتراها منه واقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك
وقد مرت هذه المسئلة ايضا في هذا الباب ومرت فيه ايضا مسائل اخر هي مشتركة في هذا الحكم اعني التنصيف بلا خلاف بين ائمتنا

لا يخفى ان ما ذكروا ههنا التخريج محمد رحمه الله ينتقض لكل واحد منهما فتدبر وفي الكافي وما ذكر في الهداية من انه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عنه محمد رح بجواز كل واحد من البيعين بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من انه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضى بالبينتين عند محمد رح فيقضى بالدار لذي اليد لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن لانهما اثبتا العقدين والقبضين فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها انتهى (وان وقتت البينتان في العقار) فبين قيد بالعقار يظهر ثمرة الخلاف كما ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولم يثبتا قبضا) اي ولم يثبت البينتان قبضا وفي بعض النسخ ولم يبينا قبضا (و وقت الخارج سبق) اي والحال ان وقت الخارج اسبق (يقضى لصاحب اليد عندهما) اي عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح (فيجعل كان الخارج اشترى) اولا (ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه) اي بيع العقار (قبل القبض) عنده (فبقى على ملكه) اي فاذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج (وان اثبتا قبضا) اي وان اثبت البينتان قبضا والباقي المسئلة على حاله وفي بعض النسخ وان بينا قبضا (يقضى لصاحب اليد) اي بالاجماع فيجعل ان الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه (لان البيعين) اي بالوجه المذكور (جائزان على القولين) اي على قولهما وقول محمد رح (واذا كان وقت صاحب اليد اسبق) والباقي المسئلة على حاله (يقضى للخارج في الوجهين) اي سواء اثبت البينتان القبض او لم تثبتاه (فيجعل كانه اشترى ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم) اي ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض (او سلم) اي سلم ذو اليد الى الخارج (ثم وصل اليه) اي الى ذي اليد (بسبب آخر) من اجارة او اعارة او غيرهما وهذا باعتبار اثبات القبض فقد جمع المص ره الوجهين في تقريره هذا كما ترى فان قلت بقيت من اقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب احدهما ان توقت البينتان وقتا واحدا وثانيهما ان توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكم ما اذا لم توقتا اصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام (قال) اي القدوري في مختصره (وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء) اي والاثنان والاربعة من الشهود سواء (لان شهادة كل شاهدين علة تامة) لو صولها الى حد النصاب الكامل (كما في حالة الانفراد) في غير الشهادة في الزنا (والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بالقوة فيها) اي في العلة الا يرى ان الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا تترجح بآية اخرى لان كل واحد منها علة بنفسه والمفسر تترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ما عرف) اي في علم اصول الفقه وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحديهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر اذ لا يكون بعضها صفة للبعض الى هذا اشار في التقويم كذا في النهاية (قال) اي القدوري في مختصره (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح) اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما) فتجعل الدار على اربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة كذا في الكافي (وقالا) اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله (هي) اي الدار (بينهما) اي بين المدعيين (اثلاثا فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين) اي يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) اي وصاحب النصف يضرب بكل حقه ايضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى



عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم) بينهما (اثلاثا) اي فيقسم الدار بين المدعيين اثلاثا ثلثاها للمدعي الجميع وثلثها للمدعي النصف واعلم ان اصل ابي حنيفة رح ان المدعى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له باكثر من الثلث واصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذين الاصلين امكن الاتفاق بين الائمة الثلثة على العول وعلى المنازعة وامكن الافتراق فما اتفقوا على العول فيه العول على التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع فضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى اصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي يحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم ان اصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المص ره (ولهذه المسئلة نظائر واضداد) اي للمسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة رح بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة رح بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة (لا يحتملها) اي النظائر والاضداد (هذا المختصر) يعني الهداية وقال (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى للدين والاجنبي عند ابي حنيفة رح بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصورة (قال) اي القدوري في مختصره (ولو كانت في ايديهما) اي ولو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسئلة بحالها (سلم لصاحب الجميع) اي لمدعي الجميع (نصفها على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد الآخر (ونصفها لا على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد نفسه (لانه خارج في النصف) اي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في نصف الذي بيد مدعي النصف (فيقضى ببينته) صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على ان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله (والنصف الذي في يديه) اي في يدي صاحب الجميع (صاحبه لا يدعيه) اي صاحب الجميع اي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي النصف لا يدعي ذلك النصف (لان مدعاه) اي مدعي صاحبه وهو مدعي (النصف) اي النصف (وهو في يده سالم له) توضيحه ان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده ليكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة كذا في

الكافي (ولو لم ينصرف اليه دعواه) اي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف الى النصف الذي في يده (كان ظالما بامساكه) اي كان مدعي النصف ظالما بامساكه ما في يده وقضيته وجوب حمل امر المسلم على الصحة قاضية بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده) اي واذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يد مدعي الجميع ولا قضاء بدون الدعوى يترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل تواء نصفها على وجه القضاء وايضا فيثبت المدعي بشقيه قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده كيلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد انتهى اقول فيه نظر وهو ان انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لانه ان جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسئلة ولا يصح قول المص ره لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في اثناء الشرح ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده يدعي الكل وهو ليس في يده وايضا لا يتم قوله كيلا يكون في امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساك حقه وان كان في يد غيره ومدعي الكل يدعي ان جميع ما في ايديهما حقه فالحق ان الذي ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقد مر منا في اثناء شرح كلام المص ره

(قال) اي القدوري في مختصره (واذا تنازعا) اي تنازع اثنان (في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى) اي الذي يوافق سن الدابة تاريخه اولى من الآخر (لان الحال يشهد له) يعني ان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) اي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم انه لا فرق في هذا بين ان يكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد ان كانت في يد احدهما ولهما ان كانت في ايديهما او يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز (وان اشكل ذلك) اي سن الدابة (كانت بينهما) اي كانت الدابة بينهما نصفين (لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا) هذا الجواب في الخارجين وان كان احدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد واذا كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد او كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في بينته او لسقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تهاترت البينتان عند عامة المشائخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح اي في دعوى الخارجين اقول لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سنبين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد ره لانه ظهر كذب الفريقين) وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا (فتترك) اي الدابة (في يد من كانت في يده) والظاهر ان هذا يعم الصور الثلث اعني ما اذا كانت الدابة في يد ثالث وما اذا كانت في ايديهما وما اذا كانت في يد احدهما اذ لا فارق بينهن في الوجه الذي ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار وفي المبسوط من مشائخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد ره من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما



نصفين وهذا لو انا اعتبرنا التوقيت لبطلت البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكره في الكافي انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقه على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى اقول يمكن ان يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء في قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب الوقتين لا المكذب اصل البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار اصل البينتين وهو اثبات استحقاق للمدعيين على ذي اليد فلا قادح لما في المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره ان في رواية ابي الليث تهاترت البينتان قال وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب ان مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين اصلا وراسا انتهى كلامه فتامل ترشد (قال) اي محمد ره في الجامع الصغير في كتاب القضاء (واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) اي العبد بين المدعيين (لاستوائهما) لان المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين

فصل في التنازع بالايدي) لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد (قال) اي القدوري في مختصره (واذا تنازعا) اي تنازع اثنان (في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه) اي تصرف الراكب (اظهر فانه) اي الركوب (يختص بالملك) يعني غالبا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث يكون بينة الخارج اولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بينا واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى يقوم الحجة والترجيح انتهى (وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب) اي في السرج (اولى) لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم ان ما ذكر في الكتاب من ان كون الراكب في السرج اولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي ره في الاجناس عن نوادر المعلى واما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا في غاية البيان والعناية (بخلاف ما اذا كانا راكبين) يعني في السرج (حيث تكون) اي الدابة (بينهما) قولا واحدا (لاستوائهما في التصرف) اما اذا كان احدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشائخنا ينبغي ان يقضى للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك اما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا كذا في الشروح (ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لو كانا جالسين عليه او ادعياه فهو بينهما كذا في الشروح قال المص ره (معناه لا على طريق القضاء) اي معنى قوله فهو بينهما انه بينهما لا على طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله

ولان القعود ليس بيد عليه) اى على البساط حتى لا يصير غاصبا به (فاستويا) اى فاستوى المتنازعان فيه فيجعل فى ايديهما المدعى المتنازع لهما هذا وقال صاحب النهاية فى حل هذا المقام لان اليد على البساط لا تثبت الا باحدى الطريقين اما باثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه فى يده حكما بان كان فى بيته ولم يوجد شئ من ذلك فى البساط فانا نراه موضوعا على قارعة الطريق ولما علم انه ليس فى يد غيرهما ولا فى يدهما وهما يدعيان يقضى بينهما لاستوائهما فى الدعوى انتهى اقول يرد عليه ان هذا الشرح لا يطابق المشروح لان المص رح قال معناه لا على طريق القضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز ان يكون مراد المص رح لا على طريق القضاء بالاستحقاق ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك ايضا اذ لا بد فى قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك ايضا اذ لا بد فى قضاء الترك من ان يعرف كون المدعى فى يد المدعي كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية ايضا هناك وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجئ فى مسئلة التنازع فى الحائط حيث قال وفى القضاء بينهما انه اذا عرف كونه فى ايديهما قضاء بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه فى ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفى يديه يجعل فى ايديهما معا لانه لا منازع لهما الا انه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل فى ايديهما من جهة ان الاول فيما عرف كون المدعى فى ايديهما والثانى فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم يتحقق يد لواحد من المدعيين على ما قررته آنفا فلم يعرف كون المدعى فى ايديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك ايضا فلم يتيسر التوفيق المذكور فكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه فى بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا فى يد غيرهما يدعيانه على السواء فيترك فى ايديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك فى ايديهما لكن هذا ايضا لا يخلو عن قصور لان استعمال الترك فى اليد يقتضى سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فحق الكلام فى هذا المقام ان يقال فيجعل فى ايديهما اى يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام ما يظهر بما سيجئ فى مسئلة التنازع فى الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء الترك وبين محل الجعل فى ايديهما بلا قضاء ولا يذهب عليك ان ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا الى ما ذكره فى وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر فى كلامهم اذ يظهر ان حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين ان لا يقضى بين المدعيين بالمدعى بناء على ان ليس لاحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل ان يجعل المدعى فى ايديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما فى الدعوى فتدبر (قال) اى محمد رح فى كتاب القضاء من الجامع الصغير (ولو كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا (فلا توجب زيادة فى الاستحقاق) يعنى ان مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان اذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر فصار كما لو تنازعا فى بعير ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو اقام احدهما الاثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التى ذكرت من قبل لان الزيادة هناك ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال كذا فى العناية ثم ان هذا يدل على ان جميع الثوب لو كان فى يد رجل وادعى انه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف ان مثل هذا الثوب كان له فى العادة والا فلا لانه ذكر فى المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذى على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفى القدورى لو ان خياطا يخيط ثوبا فى دار رجل



وتنازعا فى الثوب فالقول قول صاحب الدار وفى نوادر ابن سماعة عن ابى يوسف رح رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالى اخذته من منزلى قال ابو حنيفة رح القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل فى شئ ما خلا ثيابه التى عليه اذا كانت الثياب مما يلبسه وقال ابو يوسف رح ان كان الداخل رجلا يعرف ببضاعة شئ من الاشياء بان كان مثلا حمالا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت او كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع فى الاسواق فالقول قوله ولا اصدق قول رب الدار عليه والا فلا فاثبت فى هذه المسائل ان صاحب الدار انما يعتبر يده وان كانت فى المنقولات عنده دلالة الدليل على ان ذلك له عادة والا فلا كذا فى النهاية ومعراج الدراية (قال) اى محمد رح فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان الصبى فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه) اى يعقل فيجرى ما يجرى على لسانه كذا فى الكافى وفى معناه قول الشراح اى يتكلم ويعقل ما يقول (فقال) اى الصبى (انا حر فالقول قوله لانه فى يد نفسه) فكان هو صاحب اليد وكان المدعى خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه فى يد غيره دليل الاهانة ومع قيام يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافى بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ يعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه اى لا يعقل ان يقول وقد يكون ثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمى واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا فى الكافى (ولو قال انا عبد لفلان) اى لو قال الصبى الذى يعبر عن نفسه انا عبد لفلان غير ذى اليد وقال الذى فى يده انه عبدى (فهو عبد للذى فى يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذى اليد انه له ولا يقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا فى الكافى فان قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة فيها واقوال الصبى فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبى ابدا يبعد من المضار ويقرب من المبار قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا ان معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر كما فى الصبى الذى لا يعقل فيكون القول قوله فى رقه كذا فى الشروح (وان كان) اى الصبى (لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها) اى عن نفسه (وهو بمنزلة متاع) فى ان لا يكون له يد على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه (بخلاف ما اذا كان يعبر) اى بخلاف ما اذا كان الصبى يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذى لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى انه عبده لا يصدق وههنا يصدق قلنا الفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق فى دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط امين فى اللقيط ويد الامين فى الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يصح دعواه مع الشك فان قيل وجب ان لا يصدق فى دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ الاصل فى بنى آدم الحرية لانهم اولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل واليد على من هذا شانه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا فى النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية (فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه فى حال صغره) فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة (قال) اى محمد رح فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه) اى او هو متصل ببنائه (ولآخر عليه) اى على الحائط (هرادى) بفتح الهاء جمع هردية بضمها وفى المغرب الهردية عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردى ولا يقال هردى انتهى وفى الصحاح الحردى من القصب نبطى معرب ولا يقال الهردى انتهى وصحح فى الديوان

الهاء والحاء جميعا وكذا في القاموس قال في غاية البيان الرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي
ونعت بالهاء لا غير انتهى (فهو) اى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ لان صاحب
الجذوع صاحب استعمال) اى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع
عليه (والآخر) صاحب الهرادى (صاحب تعلق) لا صاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادى عليه والاستعمال يد وعند
تعارض الدعوى بين القول قول صاحب اليد (فصار) اى فصار الحائط في مسئلتنا هذه (كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها
حمل وللآخر كوز معلق) فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا (والمراد بالاتصال) اى المراد بالاتصال
المذكور في قوله ومتصل ببنائه (مداخلة لبن جداره) اى جدار صاحب البناء (فيه) اى في الحائط المتنازع فيه (ولبن
اى ومداخلة لبن (هذا) اى الحائط المتنازع فيه (في جداره) اى في جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تربيع) اى
ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه
داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع ان يكون
ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وفي النهاية
وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمى هذا اتصال التربيع لانهما انما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع
انتهى وكان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان
متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شئ واحد والمروى عن ابى يوسف رح
ان اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه اكثر
مشائخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه مختصا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه كذا في
شرح الكنز للامام الزيلعى رح وفي شرح الهداية لتاج الشريعة (وهذا) اى اتصال التربيع (شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض
بنائه) اى بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) اى على بعض هذا الحائط المتنازع فيه فصار الكل في حكم حائط واحد وهذا النوع من
الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر انه هو الذى بناه مع حائطه فمداخلة انصاف اللبن
لا تتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو اولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط اقول يبقى لى ههنا كلام وهو ان
المص ره حمل المراد بالاتصال المذكور في مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه في هذا عامة ثقات المتاخرين كصاحب الكافى
والامام الزيلعى وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى ان كثيرا من اصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب
الوقاية حيث قال والحائط لمن جذوعه عليه او متصل بنائه اتصال تربيع لا لمن عليه هرادى انتهى ولكن لم يظهر لى وجه هذا التقييد
ههنا لان معنى مسئلتنا هذه ان صاحب الجذوع اولى من صاحب الهرادى وكذا صاحب الاتصال اولى من صاحب الهرادى
وفي الحكم يكون صاحب الحكم اولى من صاحب الهرادى لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من ضربى الاتصال
اعنى اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم فان الهرادى مما لا اعتبار له اصلا بل هى في حكم المعدوم حتى
لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما على ما سيأتى في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى
انه اذا كان لاحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال وقال في الذخيرة وذكر هنا العتابى
النهاية نقلا عن الذخيرة اما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما ان كان اتصالها اتصال تربيع او اتصال ملازقة فانه يقضى بينهما

نصفين



نصفين لانهما استويا في الدعوى والاتصال واما اذا كان اتصال احدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع
اولى لان صاحب التربيع مستعمل الحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع فكان
لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال اولى
فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ولو كان لاحدهما اتصال بناء اتصال ملازقة او اتصال تربيع وليس للآخر اتصال
ولا له عليه جذوع فانه يقضى لصاحب الاتصال لانهما استويا في حق الاتصال بالارض المملوكة ولاحدهما زيادة اتصال من خلاف
الجنس الاول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال في البدائع ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال
التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع اولى لانه مستعمل
للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع
حق وضع الجذوع انتهى فتلخص من هذا كله ان فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة
او كان للآخر جذوع كما ذكر في البدائع واما اذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه اخلال لعموم جواب
المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه فان كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام (وقوله الهرادى ليس
بشئ) اى قول محمد رح في الجامع الصغير الهرادى ليس بشئ (لانه يدل على انه لا اعتبار للهرادى اصلا) بل هى في حكم
المعدوم (وكذا البوارى) اى (لان الحائط لا يبنى لها اصلا) اى ان الحائط لا يبنى لاجل الهرادى والبوارى لما انه انما يبنى للتسقيف
وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبوارى وانما يوضع الهرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى عليه (حتى لو تنازعا
في حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما) معناه اذا عرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان
لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضى بينهما كذا في العناية
وكذا في النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا نغفل عنه
(ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة) اى لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلثة (فهو بينهما لاستوائهما
في اصل العلة) وهو ان يكون لكل واحد منهما حمل مقصود يبنى الحائط لاجله وفي نصاب الحجة وهو الثلثة لانها اقل الجمع (ولا
معتبر) اى ولا اعتبار (بالاكثر منها) اى من الجذوع (بعد الثلثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة
كما يبنى للاكثر منها قال في معراج الدراية قوله ولا معتبر بالاكثر منها اى من الثلثة اقول تفسيره ليس بسديد اما اولا فلانه يقتضى ان
يكون كلمة من في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه
واما ثانيا فلانه يستلزم ان يكون قوله من الثلثة لغوا لان ما هو اكثر من الثلثة لا يكون الا بعد الثلثة فالصواب ان كلمة من ههنا
تبيينية لا تفضيلية وان ضمير منها راجع الى الجذوع كما اشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من
جنس الجذوع بعد الثلثة فلا يلزم شئ من المحذورين المذكورين (وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو) اى
الحائط كله (لصاحب الثلثة وللآخر) اى ولصاحب الجذع الواحد او الاثنين (موضع جذعه في رواية) وهى
رواية كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه قالوا اريد به
حق الوضع وقال في النهاية ثم اعلم ان هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهى الجذوع الثلثة لا بالبينة اما اذا
ثبت بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط

وغیرہ انتہی (وفی روایۃ) وہی روایۃ کتاب الدعوے من الاصل (لکل واحد منہا ما تحت خشبیتہ) حیث قال فیہ ان الحائط بینہما
علی قدر الاجذاع وجعل فی المحیط ما ذکر فی کتاب الاقرار اصح وقال قاضیخان والصحیح ان ذلک الموضع یکون ملکا لصاحب الخشبۃ کما
ذکر فی الدعوی کذا فی التبیین للامام الزیلعی (ثم قیل) ای علی ہذہ الروایۃ یعنی اختلف المشائخ علی روایۃ کتاب الدعوی فی حکم (ما بین
الخشب) فقیل ما بین (الی الخشب بینہما) ای یکون بین المدعیین نصفین لاستوائہما فی ذلک کما فی الساحۃ المشترکۃ بین
صاحب بیت وصاحب ابیات علی ما سیذکر (وقیل علی قدر خشبتہما) ای وقیل ما بین الخشب یکون علی قدر خشبہما اعتبارا لما بین
الخشبات بما ہو تحت کل خشبۃ ثم ان ہذین القولین موافقان لما ذکر فی الذخیرۃ وقال فی المبسوط فی موضع القیل الاول واکثرہم علی
انہ یقضی بہ لصاحب الکثیر لان الحائط یبنی للخشبات لا لخشبۃ واحدۃ (والقیاس ان یکون بینہما نصفین) ہذا ناظر الی قولہ
فہو لصاحب الثلاثۃ الی آخرہ یعنی ان ذلک استحسان والقیاس ان یکون الحائط بین صاحب الجذع والجذعین وبین صاحب
الثلاثۃ نصفین وہو روایۃ عن ابی حنیفۃ رح کما ذکر فی الکافی وغیرہ (لانہ لا معتبر) ای لا اعتبار (بالکثرۃ فی نفس الحجۃ) یعنی
انہما استویا فی اصل الاستعمال والزیادۃ من جنس الحجۃ والترجیح لا یقع بہا کما تقدم ولکنہم استحسنوا علی الروایتین المذکورتین لم یجعلوا
بینہما نصفین کذا فی العنایۃ وغیرہ (ووجہ الثانی) یعنی ان وجہ الروایۃ الثانیۃ وہی قولہ لکل واحد منہما تحت خشبتہ ولکن ذکر الثانی
اما بتاویل المصدر الذی ہو الروایۃ بالفعل وان لما ہو المشہور فی نظائرہا واما بتاویل الروایۃ بالنقل او القول (ان الاستعمال
من کل واحد بقدر خشبتہ) والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم یظہر منہ جواب وجہ القیاس اقول اظہر ذلک
بالتامل فیہ فان المراد ان الاستعمال من کل واحد یختص بقدر خشبتہ وہو ما تحت خشبتہ لا یعدو الی الغیر فلم یکونا مستعملین بشیء واحد
مع زیادۃ الاستعمال فی احدہما بل کان کل واحد مستعملا لما کان تحت خشبتہ فقط فکانت حجۃ کل واحد قائمۃ علی غیر ما قامت علیہ حجۃ
الآخر فلم یکن الامر من قبیل الترجیح بالکثرۃ فی نفس الحجۃ لان ہذا فیما اذا اتحد محل الحجتین ویرشد الیہ ما ذکرہ صاحب النہایۃ
حیث قال واما وجہ روایۃ کتاب الدعوی ان الحائط اذا کان یستحق بوضع الجذوع فذلک الموضع الذی ہو مشغول بجذع فی
یدہ حقیقۃ باعتبار الاستعمال وقد انعدم دلیل الاستعمال فی الباقی فیثبت لکل واحد منہما الملک فیما تحت خشبتہ لوجود سبب
الاستحقاق لہ فی ذلک الموضع فصار ہذا کالدار الواحدۃ اذا کان فیہا احد عشر منزلا عشرۃ منہا فی یدی رجل وواحد فی یدی
رجل تنازعا فی الدار فانہ یقضی لکل واحد منہما بما فی یدہ کذا ہہنا انتہی (والاول) ای ووجہ الروایۃ الاولی وہی قولہ فہو
لصاحب الثلاثۃ وتذکیر الاول لمثل ما ذکرناہ فی الثانی (ان الحائط یبنی لوضع کثیر الجذوع دون الواحد والمثنی)
بناء علی ان الحائط یبنی للتسقیف والتسقیف لا یحصل بخشبۃ ولا بخشبتین وانما یحصل بالخشبۃ او الخشبتین اسطوانۃ او اسطوانتان
(فکان الظاہر شاہدا لصاحب الکثیر الا انہ یبقی لہ حق الوضع) ای یبقی لصاحب الاقل حق وضع جذعہ (لان
الظاہر لیس بحجۃ فی استحقاق یدہ) یعنی ان حکمنا بالحائط لصاحب الاکثر بالظاہر وہو یصلح حجۃ للدفع دون الاستحقاق
فلا یستحق بہ لصاحب الاکثر ید صاحب الاقل حتی یرفع خشبتہ الموضوعۃ ومن الجائز ان یکون اصل الحائط لرجل ویثبت للآخر حق
الوضع فان القسمۃ لو وقعت علی ہذا الوجہ کان جائزا ثم اعلم ان ما اختارہ المص رہ من جعل الجذعین کجذع واحد ہو قول بعض
المشائخ باعتبار ان التسقیف بہما نادر کجذع واحد وقال بعضہم الخشبتان بمنزلۃ الثلث لامکان التسقیف بہما کذا فی العنایۃ وغیرہا
(ولو کان لاحدہما اتصال وللآخر جذوع) وفی بعض النسخ لاحدہما جذوع وللآخر اتصال فعلی الاول وقع فی الدلیل وجہ الاول وعلی
الثانیۃ وقع فیہ وجہ الثانی کذا فی العنایۃ وقال صاحب النہایۃ ومن یحذو حذوہ من الشراح ما فی النسخۃ الاولی ہو الصحیح لیکون



الدلیل موافقا للمدعی وما فی الثانیۃ لیس بصحیح لان الدلیل لا یوافق ذلک الترتیب فکانہم لم یطلعوا الی نسخۃ وقع فی ذکر الدلیل فیہا وجہ
الثانی فتبع (فالاول اولی ویروی ان الثانی اولی وجہ الاول ان لصاحب الجذوع التصرف و
لصاحب الاتصال الید والتصرف اقوی) لانہ المقصود بالید کذا فی الکافی ولان التصرف لا یکون بدون الید
والبدان اذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا کذا فی شرح تاج الشریعۃ ورجح ہذہ الروایۃ شمس الائمۃ السرخسی وجہ الاول
وفی بعض النسخ (ووجہ الثانی ان الحائطین بالاتصال یصیران کبناء واحد ومن ضرورۃ القضاء لہ ببعضہ
القضاء بکلہ) اقول یرد علیہ منع قولہ ومن ضرورۃ القضاء لہ ببعضہ القضاء بکلہ لجواز ان یقضی ببعض الشیء
الواحد لرجل وببعضہ الآخر لرجل آخر لہ اما بالتجزیۃ ان قبل القسمۃ او بالشیوع ان لم یقبلہا کیف ولو اثبت صاحب الجذوع بالبینۃ کون
الحائط المتنازع فیہ ملکہ قضی لہ بہ بلا شبہۃ مع بقاء الحائط الآخر فی ملک صاحب الاتصال فلو تمت تلک الضرورۃ لما جاز ہذا القضاء
وکان صاحب العنایۃ تنبہ لہذا وقصد دفعہ فعلل قول المص رہ ومن ضرورۃ القضاء لہ ببعضہ القضاء بکلہ بقولہ لعدم القائل بالاشتراک
ولکن یرد علیہ ایضا انہ ان اراد بعدم القائل بالاشتراک عدم القائل بہ من المتنازعین فہو ممنوع لان صاحب الجذوع قائل بہ فانہ یدعی ان
الحائط المتنازع فیہ لہ ویعترف بان الحائط الآخر المتصل بہ لصاحب الاتصال فیصیر البناء المرکب من ہذین الحائطین مشترکا بینہما عندہ
وان اراد بذلک عدم القائل بہ من المجتہدین فہو ایضا ممنوع فان من یقول بکون الحائط المتنازع فیہ لصاحب الجذوع علی ما ہو موجب
احدی الروایتین یقول بکون البناء المرکب من ہذا الحائط والحائط المتصل بہ مشترکا بین صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا
(ثم یبقی للآخر حق وضع جذوعہ) ای علی روایۃ ان الحائط المتنازع فیہ لصاحب الاتصال (لما قلنا) اشارۃ الی قولہ لان الظاہر
لیس بحجۃ فی استحقاق یدہ حتی قالوا لو ثبت ذلک بالبینۃ امر برفع الجذوع لکون البینۃ حجۃ مطلقۃ صالحۃ للدفع والاستحقاق (و
ہذہ) ای روایۃ ان صاحب الاتصال اولی (روایۃ الطحاوی وصححہا الجرجانی) وہو الفقیہ ابو عبد اللہ المرشد ورجحہا
بما سبق لان الترجیح یکون بحالۃ البناء وہو سابق علی وضع الجذوع وکان یدہ ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظیر سبق التاریخ کذا ذکرہ
الامام الزیلعی فی التبیین ثم اعلم ان الاتصال الذی وقع الاختلاف فی ترجیح صاحبہ علی صاحب الجذوع او علی العکس ہو الاتصال
الذی وقع فی احد طرفی الحائط المتنازع فیہ واما اذا وقع اتصال التربیع فی طرفیہ فصاحب الاتصال اولی وعلی ہذا عامۃ المشائخ
کذا فی النہایۃ نقلا عن الفوائد الظہیریۃ وقال فی الذخیرۃ وان کان الاتصال فی طرف واحد ذکر شیخ الاسلام ان صاحب الاتصال
اولی وبہ اخذ الطحاوی والشیخ الفقیہ ابو عبد اللہ المرشد وذکر شمس الائمۃ السرخسی ان صاحب الجذوع اولی وقال فیہا قبل ہذا فان
کان الاتصال فی طرفی الحائط المتنازع فیہ فصاحب الاتصال اولی بہ وعلیہ عامۃ المشائخ وہکذا روی عن ابی یوسف رحمہ اللہ فی
الامالی کذا فی النہایۃ وغیرہا (قال) ای محمد رح فی الجامع الصغیر (واذا کانت دار منہا فی ید رجل عشرۃ ابیات
وفی ید آخر بیت فالساحۃ) بالحاء المہملۃ وہی عرصۃ الدار وبین یدیہا کذا فی معراج الدرایۃ (بینہما نصفان لاستوائہما
فی استعمالہا) ای استعمال الساحۃ (وہو المرور فیہا) ووضع الامتعۃ وصب الوضوء وکسر الحطب وما اشبہ ذلک فلما کانا فی ذلک
سواء کانا فی استحقاق الساحۃ ایضا سواء ولعل مرور صاحب القلیل اکثر من مرور صاحب الکثیر لزمانہ صاحب الکثیر وکون صاحب
القلیل ولاجا وخراجا علی انا نقول الترجیح لا یقع بکثرۃ ما ہو من جنس العلۃ وصار ہذا کالطریق یستوی فیہ صاحب الدار والمنزل والبیت
وان کان بعضہا اکثر من بعض وہذا لان الاستحقاق باعتبار اصل الید کذا فی النہایۃ ومعراج الدرایۃ اخذا من الکافی وطولب بالفرق
بین ما اذا تنازعا فی ثوب فی ید احدہما جمیع الثوب وفی ید الآخر ہدبتہ حیث یقضی لصاحب الہدب وما اذا تنازعا فی مقدار الشرب

ان الهدب لبس بثوب لکون الثوب مشترکة احبب بینهما حیث جعلت الساحة بینهما مشترکة حیث یقسم بینهما علی قدر الاراضی وبین منه مانحن فیه حیث جعلت الساحة بینهما نصفین اسما للمنسوج فکان جمیع المدعے فی ید احدهما والآخر کالاجنبی عنه فالنفی والشرب یحتاج الیه لارض دون الدار باب فبکثرة الارض یکثر الاحتیاج الی الشرب فیستدل به علی کثرة حق له فیه وآما فی الساحة فالاحتیاج للدار باب وهما فیه سواء فاستویا فی الاستحقاق فصار هذا نظیر تنازعهما فی سعة الطریق وضیقه حیث یجعل بینهما علی قدر عرض باب الدار کذا فی العنایة والی هذا اشار الامام المحبوبی والامام التمرتاشی کما صرح به فی النهایة ومعراج الدرایة (قال) ای محمد رح فی کتاب القضاء من الجامع الصغیر (واذا ادعی الرجلان ارضا یعنی یدعی کل واحد منهما انها فی یده لم یقض انها فی ید واحد منهما حتی یقیما البینة انها فی ایدیهما) اقول فی عبارة الکتاب ههنا مسامحة وکان الظاهر ان یقال حتی یقیم البینة انها فی یده لان القضاء بانها فی ید واحد منهما انما یتوقف علی اقامة واحد منهما البینة انها فی یده لا علی اقامتهما البینة انها فی ایدیهما وانما المتوقف علیها القضاء بانها فی ایدیهما کما لا یخفی وسینجلی من التفصیل الآتی فی الکتاب ولقد احسن صاحب الکافی ههنا حیث قال لم یقض بانها فی ید احدهما الا بالبینة انتهی (لان الید فیها) ای فی الارض (غیر مشاهدة لتعذر احضارها) فقد غاب عن علم القاضی (وما غاب عن علم القاضی) ای والذی غاب عن علمه (فالبینة تثبته) فلابد من اقامة البینة علیه حتی یمکن القضاء به ولانه جاز ان تکون فی ید غیرهما ولو قضی لهما او لاحدهما بالید لابطل حق صاحب الید بلا حجة وانه لا یجوز کذا فی الکافی قال فی الفوائد الظهیریة ههنا مسئلة یغفل عنها القضاة وهی انه لو ادعی ارضا والمدعے علیه زعم انها فی یده واقام المدعی بینة علی الملک فالقاضی لا یقضی ببینته لجواز ان تکون الارض فی ید ثالث والمدعی والمدعے علیه تواضعا علی ذلک وهذه حیلة یبطلها القاضی فی ید احدهما فالم یثبت کون الارض فی ید المدعے علیه بالبینة لا یقضی الا انه یمنع المقر من ان یزعم المصرورة فیها لان اقراره حجة فی حقه کذا فی معراج الدرایة (وان اقام احدهما البینة) ای علی انها فی یده (جعلت فی یده لقیام الحجة) ویجعل الآخر خارجا کذا فی الکافی وغیره فان قیل البینة یقام علی الخصم واذا لم یثبت کونها فی ید الآخر لا یکون خصما فکیف یقضی للذی اقام البینة قلنا هو خصم باعتبار منازعته فی الید ومن کان خصما لغیره باعتبار منازعته فی شیء شرعا کانت بینته مقبولة کذا فی عامة الشروح وقال صاحب العنایة وقد اشار الی ذلک بقوله (لان الید حق مقصود) یعنی فیجوز ان یکون مدعیه خصما انتهی (وان اقاما البینة) ای علی انها فی ایدیهما (جعلت فی ایدیهما لما بینا) اشارة الی قوله لقیام الحجة وذکر الامام التمرتاشی فان طلب کل واحد منهما یمین صاحبه ماهی فی یده حلف کل واحد منهما ماهی فی ید صاحبه علی البتات فان حلفا لم یقض لهما بالید وبرئ کل واحد منهما عن دعوی صاحبه وتوقف الدار الی ان یظهر حقیقة الحال وان نکلا قضی لکل واحد بالنصف الذی فی ید صاحبه وان نکل احدهما قضی علیه بکلها للحالف نصفها الذی کان فی یده ونصفها الذی کان بید صاحبه لنکوله کذا فی الشروح (فلا تستحق) بصیغة المجهول ای فلا یستحق الید (لاحدهما من غیر حجة) قال بعض الفضلاء لا یخفی علیک ان هذا الکلام فی غیر محله اقول انما یکون کذلک لو کان متفرعا علی قوله وان اقاما البینة الخ اذ لا ارتباط بینهما او علی قوله لان الید حق مقصود اذ یلزم الفصل بینهما باجنبی واما اذا کان متفرعا علی مجموع ماذکر فی مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعی الرجلان ارضا الی ههنا بان کان نتیجة الکلام فی هذا المقام فقد کان فی محله کما لا یخفی (فان کان احدهما قد لبن فی الارض او بنی او حفر) یعنی اذا ادعی کل واحد منهما انها فی یده وکان احدهما لبن فیها او بنی او حفر (قضی فی یده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلک اثبات الید کالرکوب علی الدواب واللبس فی الثیاب کما ذکره فخر الاسلام



## باب دعوے النسب

لما فرغ عن بیان دعوے الاموال شرع فی بیان دعوے النسب وقدم الاول لانه اکثر وقوعا وکان اهم ذکرا (قال) ای القدوری فی مختصره (واذا باع جاریة فجاءت بولد فادعاه البائع) اعلم ان صاحب العنایة قصد بیان ضابطة جنس هذه المسائل فی ابتداء الکلام فقال اخذا من غایة البیان اعلم ان البائع اذا ادعی ولد الجاریة المبیعة او المشتری (فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من) وقت البیع او لاکثر من سنتین او لما بین المدتین وکل وجه علی اربعة اوجه اما ان ادعی البائع وحده او المشتری وحده او ادعیاه معا او علی التعاقب انتهی اقول یرد فیه اختلال من وجهین الاول انه قسم ادعی البائع او المشتری ولد الجاریة المبیعة الی ثلثة اوجه وهی ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البیع او لاکثر من سنتین او لما بین المدتین وقسم کل وجه منها الی اربعة اوجه وهی ان ادعی البائع وحده او المشتری وحده او ادعیا معا او علی التعاقب فیلزم منه ان یکون الشیء قسما من قسمه حیث جعل دعوی البائع او المشتری مقسما ثم جعله قسما من کل واحد من اقسامه الثلثة والثانی ان کلمة او انما دخلت المشتری فی قوله ان البائع اذا ادعی ولد الجاریة المبیعة او المشتری تابی دخول ادعائهما معا او علی التعاقب فی المقسم فکیف یجعل هذان الوجهان داخلین فی اقسامه ویمکن ان یجاب عن الاول بان المقسم ادعی البائع او المشتری مطلقا ای اعم من ادعی احدهما منفردا ومن ادعی بما منضما الی الآخر بالمعیة او التعاقب وقسم المقسم هو ادعے احدهما وحده او ادعائهما معا او علی التعاقب فتکون قسم المقسم اخص من المقسم لا عینه وعن الثانی بان یحمل کلمة او المذکورة علی منع الخلو دون منع الجمع والاولے عندی فی بیان الضابطة ههنا ان یقال اعلم ان الجاریة اذا بیعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البیع او لاکثر من سنتین او لما بین المدتین وکل وجه من الاوجه الثلثة علی اربعة اوجه لانه ان ادعی ذلک الولد البائع وحده او المشتری وحده او ادعیاه معا او علی التعاقب (فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من یوم باع) وقد ادعاه البائع وحده کما مر فی الکتاب (فهو) ای الولد (ابن للبائع وامه) ای ام الولد (ام ولد له) ای للبائع (وفی القیاس وهو قول زفر رح والشافعی رح دعوته) ای دعوة البائع (باطلة لان البیع اعتراف منه) ای من البائع (بانه) ای الولد (عبد وکان) ای البائع (فی دعواه متناقضا والتناقض) یبطل الدعوی فلا تسمع دعواه کما لو قال کنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابیعها (ولا نسب بدون الدعوے) ای ولا ثبوت للنسب بدون الدعوے الصحیحة (وجه الاستحسان) ای وجه الاستحسان الذی نعمل به فی هذه المسئلة (ان اتصال العلوق بملکه شهادة ظاهرة علی کونه منه) یعنی انا تیقنا باتصال العلوق بملک البائع وهذا شهادة ظاهرة علی کون الولد من البائع (لان الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلک منزلة البینة فی ابطال حق الغیر عنها وعن ولدها (ومبنی النسب علی الخفاء) هذا جواب عن التناقض وبیانه ان الانسان قد لا یعلم ابتداء بکون العلوق منه ثم یتبین انه منه (فیعفی فیه التناقض) ای لا یمنع صحة الدعوے کما ان الزوج اذا اکذب نفسه بعد قضاء القاضی بنفی النسب باللعان یثبت منه النسب ویبطل حکم الحاکم ولا ینظر الی التناقض لمکان الخفاء فی امر العلوق وصار کالمکاتب اذا اقام البینة ان مولاه کان اعتقه قبل الکتابة فانه تقبل بینته وتبطل الکتابة ولا یعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حیث ینفرد المولی به وکالمختلعة اذا اقامت البینة ان الزوج کان طلقها ثلثا قبل الخلع فان بینتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حیث ینفرد الزوج به بخلاف دعوے البائع الاعتاق او التدبیر بعد البیع فان کل واحد من الاعتاق والتدبیر فعل نفسه فلا یخفی علیه کذا حققوا (واذا صحت الدعوی استندت الی وقت العلوق فتبین انه باع ام ولده فیفسخ البیع لان بیع ام الولد لا یجوز ویرد الثمن) ای وان کان منقودا (لانه قبضه بغیر حق) فان سلامة الثمن مبنیة علی سلامة المبیع کذا فی الکافی وان ادعاه المشتری وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لان

دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول صحة التحرير من المشتري ظاهرة اذ الجارية مملوكة في الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها واما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة بما مر في وجه الاستحسان من ان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف تفيد ثبوت النسب من المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن ان يجاب بانا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع اذا ادعاه البائع واما اذا لم يدعه البائع فلا يجوز ان يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال حتى لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على ان المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى (وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده) اي بعد دعوة البائع وذكر الضمير بتاويل الادعاء (فدعوة البائع اولى لانها اسبق) اما اذا كانت قبل دعوة المشتري فالامر ظاهر واما اذا كانت مع دعوة المشتري فلما اشار اليه بقوله (لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد) يعني ان دعوة البائع مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت اولى ثم انه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال وجه الجواب ان دعوته دعوة استيلاد وهي لا تقتصر الى قيام الملك في الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما سيجئ (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة) يعني ان الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم تصح دعوته (الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح) حملا لامره على الصلاح وقول المشتري على الصدق (ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) اي للولد (ولا حقه) اي ولا يثبت حق العتق وهو امومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبي آخر كذا في الكافي وغيره (وهذه) اي دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله) اي ليس من اهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا يصح دعوة التحرير منه اعلم ان الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعي وهذه الدعوى يستند الى وقت العلوق ويتضمن الاقرار بالوطي فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعي وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطي لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا في البدائع وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري دون البائع لانه كالاجنبي كذا في العناية وغيرها (وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) اي في هذا الوجه (الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه) اي في ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهي اتصال العلوق بملكه تيقنا (فلا بد من تصديقه) اي من تصديق المشتري اياه (واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى) وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك) وان ادعاه المشتري وحده



في هذه الوجه صح دعوته لان دعوته صحيح حالة الانفراد وفيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي وهذا الذي ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة اما اذا لم يعلم انها جاءت بالولد لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فان ادعاه البائع وحده لا يصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان اكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم يصح دعوة واحدة منهما ويكون الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا تثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وكذا في العناية قال في الكافي ولو تنازعا فالبينة للمشتري اي اذا باع امة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لاكثر من ستة اشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق لان البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر فان اقاما البينة فالبينة للمشتري ايضا عند ابي يوسف رح لانه اثبت زيادة مدة في الشراء وعند محمد رح البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد والاستيلاد الاثر وانتقاض البيع وكان اكثر اثباتا انتهى (قال فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر) اي والحال انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر (لم يثبت الاستيلاد في الام) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله (لانها) اي لان الام (تابعة للولد) اي في هذا الباب على ما يجي بيانه (ولم يثبت نسبه) اي نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك) اي لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت (فلا يتبعه استيلاد الام) لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع) هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله (لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع) يعني ان الولد لما كان هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات البيع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس (وانما كان الولد اصلا لانها) اي لان الام (تضاف اليه) اي الى الولد حيث (يقال ام الولد) والاضافة الى الشيء امارة اصالة المضاف اليه (وتستفيد الحرية من جهته) عطف على تضاف اليه اي وتستفيد الام الحرية من جهة الولد (لقوله عليه السلام اعتقها ولدها) قال له حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها (والثابت لها) اي ولان الثابت للام (حق الحرية) وهو امومية الولد (وله) اي والثابت للولد (حقيقتها) اي حقيقة الحرية (والادنى يتبع الاعلى) دائما دون العكس فحق الحرية الذي هو الادنى يتبع حقيقة الحرية التي هي الاعلى دون العكس (ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكرنا فيما مر آنفا قال المص رح (لانه تبين انه باع ام ولده) اي تبين بثبوت نسب الولد من البائع انه باع ام ولده وبيعها باطل (ومالية ام الولد) اي ولكن مالية ام الولد (غير متقومة عنده) اي عند ابي حنيفة رح (في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما) اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله (متقومة فيضمنها) اي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد ونهايجب على البائع رد حصة ما سلم له من الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد ما تسلم له وهي الام قال الامام الزيلعي رح في التبيين بعدما بين المقام بهذا المنوال هكذا ذكروا الحكم في قولهما وكان ينبغي ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده

وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجر المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى فتامل (وفى الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (واذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البائع الولد وقد اعتق المشترى الام فهو ابنه) اى فالولد ابن البائع (ويرد عليه بحصته من الثمن) اى يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذى كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما اصاب الام يلزم المشترى وما اصاب ام الولد يسقط عنه ولا يصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشترى ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا فى الشروح وسائر المعتبرات (ولو كان المشترى انما اعتق الولد فدعوته اى دعوة البائع (باطلة) اى اذا لم يصدقه المشترى فى دعواه كذا فى الشروح (ووجه الفرق) انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت (ان الاصل فى هذا الباب الولد) قال صاحب النهاية اى الاصل فى باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب انتهى وقد اقتفى اثره فى هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه فى التفسير ان يقال اى الاصل فى باب الدعوة والاستيلاد هو الولد (والام تابعة له على ما مر) فى مسئلة الموت آنفا (وفى الفصل الاول) وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد اعتق المشترى الام وفى بعض النسخ وفى الوجه الاول (قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو) اى المانع منهما (العتق فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته) اى ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاد (فى الاصل وهو الولد) لان امتناع الحكم فى التبع لا يوجب امتناعه فى الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع فى الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق فى ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية فى ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد مصيرورة امه ام ولد للبائع فينبغى ان يبطل البيع واعتاق المشترى اجاب بقوله (وليس من ضروراته) اى وليس ثبوت الاستيلاد فى حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعنى ان ذلك وان كان من احكامه الا انه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه (كما فى ولد المغرور) وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق كما ذكره المص ره فيما سيجئ فى آخر هذا الباب (فانه) اى ولد المغرور (حر) اى حر الاصل ثابت النسب من المستولد (وامه امة لمولاها) فلا تصير ام ولد للمستولد بل يكون رقيقة حتى تباع فى السوق (وكما فى المستولدة بالنكاح) يعنى اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امية الولد كذا فى غاية البيان ويطابقه ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وكما فى المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولد له انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها لوجه من الوجوه قال صاحبا النهاية والعناية فى شرح قول المص ره وكما فى المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هى امة انتهى اقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة التى ذكرها قسم من قسمى ولد المغرور كما سيظهر ما ذكره المص ره فى آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها المص ره فى مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبى النهاية والعناية فسرا ولد المغرور فى قول المص ره كما فى ولد المغرور بقولهما وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فيكون المراد بولد المغرور فى كلام المص ره احد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور فى مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تفسير آخر فانه مع كونه تقييد الكلام المطلق بلا مقتضى له سوى تقليل الامثلة فى مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد (وفى الفصل الثانى) وهو ما اذا اعتق المشترى

الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) اى ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد (فيه) اى فى الاصل (وفى التبع) لان امتناع الحكم فى الاصل يوجب امتناعه فى التبع ايضا (وانما كان الاعتاق مانعا) قال متقدموا الشراح اى وانما كان اعتاق المشترى الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية اخذا منهم قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى اقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد فى حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب فى حقه بدعوة البائع ايضا والمعنى انما كان اعتاق المشترى الام او الولد مانعا عن دعوة الاستيلاد ودعوة النسب فيشمل الفصلين معا كما ينادى عليه عبارات المص ره فى اثناء البيان على ما نرى وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثانى وهو تقصير فى حق المقام وشرح الكلام (لانه) اى لان الاعتاق (لا يحتمل النقض كحق الاستحقاق) الولد وحق الاستيلاد يعنى ان الاعتاق من المشترى كحق استلحاق (النسب) من البائع فى الولد (وحق الاستيلاد) من البائع فى الام فى ان كل واحد منها لا يحتمل النقض (فاستويا) اى استوى اعتاق المشترى وحق البائع استلحاقا واستيلادا (من هذا الوجه) اى من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس للفعل احدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشترى احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض العتق كما ترى واجيب بان التوامين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق فى احدهما ثبوته فى الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق مع الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد انتهى اقول السؤال الاول وجوابه مما ذكره بعض الشراح ايضا ولهما وجه واما السؤال الثانى وجوابه فمن مخترعاته وليسا بشئ اما السؤال فلان مراد المجيب عن السؤال الاول ان التوامين فى حكم ولد واحد فى باب النسب بناء على ان مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده اتحادهما حكم ولد واحد فى جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال كيف ومدار العتق على الرقبة ولا شك ان رقبتهما متغايرتان فما يترتب على احدهما لا يلزم ان يترتب على الاخرى كما لا يخفى واما الجواب فلانه ان اراد ان ثبت العتق فى الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا اعتق المولى بعض عبده على قول ابى حنيفة رح حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر اى السعاية فى بقية قيمته لمولاه فلا نسلم ان فى ذلك ضررا زائدا اذ الضمان فى مقابلة العتق لا يعد ضررا اصلا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب فانا اذا اثبتنا النسب فى الآخر لزم البائع ضمان ثمنه اى رد حصته من الثمن على المشترى فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد وان اراد انه ان ثبت العتق فى الآخر لزم المشترى ضمان قيمته اى اتلاف قيمته فيتعارض بالنسب ايضا قطعا فانه اذا اثبت النسب مع الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشترى على تقدير ثبوت العتق فى الآخر ضمان قيمته فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح فى صورة التوامين ايضا والغرض خلافه ثم اقول يرد السؤال الثانى وجوابه ولقائل ان يقول اذا كان الحكم فى التوامين كذلك كان عتق المشترى مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان مراده من قولنا العتق لا يحتمل النقض انه لا يحتمله قصدا واللازم فى مسئلة التوامين احتمال النقض ضمنا وكم من شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا وسيجئ فى الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سواله الثانى وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب فى الذى عنده كان ذلك سعيا فى نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به انتهى اقول فيجاب بان الضرر الزائد الذى يلزم على تقدير ثبوت العتق فى الآخر غير مقصود ايضا فلا معتبر به ايضا فلا يخلو الجواب عن معارضته ما

(ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق) يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق
(والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لان الحقيقة اقوى
من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم ياخذه بالقيمة وان كان له
حق الملك وللمشتري حقيقة واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين
الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان بناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدراهم
وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا ياخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى اقول النقض مع جوابه ما ذكره الشارح تاج الشريعة قولهما
صحيح واما النظر مع جوابه فمن عند نفسه ولبسا بصحيحين اما النظر فلانا لا نم ان مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح الا يرى انا نجمع
وبين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء الرجحان لبعض على البعض بحاله وانما يظهر اثر الرجحان عند تعارض
الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى واما الجواب فلان المجتهد بخلافنا في مسئلة تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من
اموالنا بدراهم هو الشافعي رح وهو متاخر الزمان عن اجتهاد ائمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة
الحقائق عند ائمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الاعتاق) اي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم
على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية في صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشي (لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض
آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك (وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما) يعني
ان ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله (و
عنده) اي عند ابي حنيفة يرد (بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت) قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في
المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبي في الجامع الصغير انه يرد بحصة الولد من الثمن لا بكل الثمن عند ابي حنيفة رح ايضا بخلاف
فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق
لزعمه عبرة واما في فصل الموت فلم يتم الحجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن ثم اعلم ان الذي اختاره المص رح
وصححه هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع
لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري فان قيل ينبغي ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة
للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بقبض بعض بحيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه
في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع
وقد استهلكه ههنا بالدعوة كذا في الشروح (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير (ومن باع عبدا ولد عنده) اي كان اصل العلوق
في ملكه (وباعه المشتري) اي ثم باعه المشتري (من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه) اي الولد ابن البائع الاول
(ويبطل البيع) اي يبطل البيع الثاني (لان البيع يحتمل النقض وما له) اي وما للبائع (من حق الدعوة لا يحتمله) اي
لا يحتمل النقض (فينتقض البيع لاجله) اي لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المص رح (وكذا) اي وكحكم المسئلة السابقة الحكم
(اذا كاتب الولد) اي اذا كاتب المشتري الولد (او رهنه او آجره او كاتب الام) اي كاتب المشتري
الام فيما اذا اشتراها مع ولدها (او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة) اي ثم وجدت دعوة البائع (لان هذه العوارض
يحتمل النقض) كالبيع (فينتقض ذلك كله) اي فينتقض تلك العوارض كلها ذكرها بهم الاشارة والضمير بتاويل ما ذكر



وتصح الدعوة) لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم ان هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المص رح تفريعا على مسئلة الجامع الصغير
(بخلاف الاعتاق والتدبير) فانهما لا يحتملان النقض (على ما مر) آنفا (بخلاف ما اذا ادعاه) اي الولد (المشتري اولا ثم
ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض
فصار كاعتاقه) اي كاعتاق المشتري قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها
فانى يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في ان الثابت بها حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان
التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد
قد استغنى بالاول عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت
بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال فيه بحث فان الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية ايضا بل حرية الاصل كما سيجيء
انتهى اقول هذا منه نعم لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية ان الثابت بالدعوة للبائع حقها
لان مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل على ان الترجيح هل هو في جانب البائع او في جانب المشتري ولا شك ان الثابت
بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام كما مر في الكتاب وتقرر وقد عبر عنه
صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتاديه الى الحرية ولذا الحال بالنظر الى دعوة المشتري فانتظم السؤال والجواب وان كان في تقرير نوع
ضيق واضطراب (قال) اي القدوري في مختصره (ومن ادعى نسب احد التوامين) التوام اسم للولد اذا كان معه آخر
في بطن واحد يقال هما توامان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توام وهما زوج خطأ ويقال للانثى توامة كذا في المغرب ولكن الامام
شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط ان ذكر التوام مكان التوامين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توام وغلامان توامان كلاهما
صحيح عند اهل اللغة كذا في النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) اي ثبت نسب التوامين معا ممن ادعى نسب احدهما (لانهما
من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا) اي كونهما من ماء واحد (لان التوامين
ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا) اي بعد ولادة الاول (لانه لا حبل
لاقل من ستة اشهر) لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني على علوق الاول لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم كذا
في الكافي وغيره وكان المص رح لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه امرا معلوما في غير هذا الفن (وفي الجامع الصغير) قال
في العناية ذكر في رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري انتهى وقال في
معراج الدراية انما اعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهو قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى (اذا كان في
يده غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل
عتق المشتري) ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل كذا في العناية قال
المص رح في التعليل (لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة
فيه) اي في ان يصادف العلوق والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي
في يده تصريح بمصادفة الدعوة ملكه (ثبت به حرية الاصل) جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت حرية الاصل في
هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) اي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه واعتقه المشتري (وحرية الاصل فيه)
اي ويثبت حرية الاصل في ذلك الولد ايضا (ضرورة لانهما توامان) وهما من ماء واحد فتبين ان عتق المشتري وشراءه

لأنه حر الاصل فيبطل) اى فيبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال في الكافي وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة
باصل الخلقة انتهى (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا) حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر (لان هناك) اى
في مسئلة الولد الواحد (يبطل العتق فيه) اى في الولد (مقصودا) يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في
الولد مقصودا (لحق دعوة البائع) وانه لا يجوز لما تقدم ان حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق (وههنا) اى في مسئلة التوامين (يثبت
تبعا لحرية فيه حرية الاصل) اى يثبت بطلان اعتاق المشتري فيما اشتراه تبعا لحرية حرية الاصل لا لحرية التحرير فالضمير في حرية راجع
الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله حريته وانما ابدل به اشارة
الى سبقها اليقين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا في العناية اقول هذا شرح صحيح الا انه يكون في
كلام المص ره حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتاخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى ان يقال وههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما
لا يخفى وكان متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المص ره ههنا اى يثبت بطلان اعتاق
المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان
اعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه انتهى فان الظاهر مما بينوا من المعنى ان لا يكون قول المص ره
فيه متعلقا بقوله يثبت بل ان يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة او الثابتة على انه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد اقول لعل المحذور فيه اشد من الاول
فان الحرية بعد ان تضاف الى الضمير الراجع الى المشتري لا يبقى احتمال ان لا يكون ولا تثبت فيه فيلزم ان يكون قول المص ره فيه على المعنى
الذي ذكروه لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى ان لو كان كلام المص ره وههنا تثبت تبعا للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى (فافترقا)
اى فافترقا ما نحن فيه من مسئلة التوامين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هناك اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا
وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا قال في معراج الدراية الى هذا اشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي
في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المص ره على هذا المنوال اونقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل
نظهر بدعوة البائع لما في يده من احد التوامين ان اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر انه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل
لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية (ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه) يعني ان الذي
ذكر من قبل اذا كان اصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها (ثبت نسب الولد الذي
عنده) اى ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادقة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر ايضا ضرورة لان التوامين لا ينفكان
نسبا (ولا ينقض البيع فيما باع) ولا يبطل عتق المشتري فيه (لان هذه) اى لان دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير) لا دعوة
استيلاد (لانعدام شاهد الاتصال) اى لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعي حيث لم يكن اصل العلوق في ملكه ومن شرط
دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي (فيقتصر على محل ولايته) اى اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية
المدعي وصار كان البائع اعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوامين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق
الذي عند المشتري على البائع وكذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شروح قول المص ره لان هذه دعوة تحرير آلخ لانه لما
لم يكن اصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر ولو قال لاحد التوامين هذا
حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير اقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر انه لو كان كذلك لما ثبت
نسب احد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام انه قد مر في



كتاب العتاق انه قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد
محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه
للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق
وهو قول الشافعي رح لهم انه كلام محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة رح انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان
البنوة في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة
في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فلقد تلخص من ذلك كله ان ثبوت النسب فيما اذا قال
لغلام هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلث المذكورة وهي ان يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب
ولكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته واما في الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد
صورة تثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) اى محمد في الجامع الصغير (واذا كان الصبي
في يد رجل فقال) اى ذلك الرجل (هو) اى الصبي (ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه)
اى لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل (ابدا) قال صاحبا النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه
او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعني (وان جحد العبد ان يكون ابنه) اقول لا يخفى على الفطن انه
يلزم على هذا المعنى استدراك قول المص ره وان جحد العبد ان يكون ابنه سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا ان يحمل على التاكيد تقريرا
لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد اشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه ابدا اى وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا حيث
قال في تقرير المسئلتين واذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه
لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا انتهى اقول الحق ان المراد ههنا هذا المعنى لوجوه احدها اندفاع الاستدراك المذكور
وهو ظاهر وثانيها ان الابد على هذا المعنى يكون على اصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما
ترى وثالثها انه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى
الاحوال المذكورة في المعنى الاول اعني التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال
في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال بخلاف النظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى اعني الحال والاوقات
المستقبلة فهما اى المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيها اى اقراره المقر ويتصور
ذلك منه في الاستقبال بان يعلمه بعد ان يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال بلا فرق بينهما فاحتمل في حق
الغائب اختصاص الحكم لعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فلو اطلق
فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيد بالغائب علم ثبوت الحكم
المذكور عند كون المقر له غائبا بعبارته وثبوته عند كونه حاضرا ايضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم ان
يكون الصبي في يده وذكره في الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعي في التبيين (وهذا عند ابي حنيفة رح) اى الحكم
المسئلة المذكورة على اطلاقه انما هو عند ابي حنيفة رحمه الله في المبسوط لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية و
معراج الدراية (وقالا اذا جحد العبد فهو) اى الصبي (ابن المولى) يعني اذا ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كان ابنه
قال المص ره (وعلى هذا الخلاف اذا قال) اى اذا قال الذي في يده الصبي (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم

ادعاه لنفسه) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المص ره تفريعا كذا في غاية البيان (لهان الاقرار) اي الاقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب (ارتد برد العبد فصار كان لم يكن اقرار) اي فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه (والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض) اي وان كان النسب لا يحتمل النقض (الا ترى انه) اي الاقرار بالنسب (يعمل فيه الاكراه والهزل) حتى لو اكره بنبوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو اقر بها هازلا (فصار) اي فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) اي المشتري (انا اعتقته يتحول الولاء اليه) اي فانه يتحول الولاء الى المشتري وصار كانه لم يقر مولى اصلا (بخلاف ما اذا صدقه) اي بخلاف ما اذا صدق المقر له المقر في مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لانه) اي المقر (يدعي بعد ذلك) اي بعد تصديق المقر له اياه (نسبا ثابتا من الغير) وهو لا يصح (وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه انه دعوة المولى بالاتفاق (لانه تعلق به) اي بالصبي (حق المقر له على اعتبار تصديقه) اي على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه) يعني ان الاحتمال جانب التصديق تاثيرا فيما نحن فيه كما ان الاحتمال جانب التكذيب تاثيرا في ولد الملاعنة (ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والاقرار بمثله) اي بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته (لا يرتد بالرد) يعني وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد اي لا يبطل بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان وذكر في الشروح (فيبقى) اي فيبقى الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقر له كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة (فيمتنع دعوته) المقر بعد الرد ايضا (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته للتهمة) كالفسق والقرابة (ثم ادعاه) اي ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لم تصح دعوته واعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد له على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى فاقتفى المص ره اثره فاوردها ههنا كذلك واما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي فقد ذكر انها ايضا على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد انه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند ابي حنيفة رح خلافا لهما انتهى (وهذا) اشارة الى قوله الاقرار بمثله لا يرتد بالرد (لانه تعلق به) اي بالنسب (حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) اي من المقر له ولما جاز ان يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه الى النسب (فلا يرتد برد المقر له) لتعلق حقه وحق الولد. هكذا ينبغي ان يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما في النهاية وغيرها مما لا يساعده تقرير المص ره ولا يليق تحريره كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة (ومسئلة الولاء على هذا الخلاف) اشارة الى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بانها ايضا على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله (ولو سلم) اي ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب) صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد وكان عقل جناياتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء وكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه لكن اروي عن عمر رضي الله عنه ذكره قاضيخان كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضة التصديق بعد التكذيب كذا في النهاية وغيرها (ما هو اقوى وهو دعوى المشتري)



لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا محله لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا في العناية واكثر الشروح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال في الكافي ان المشتري اذا اقر ان البائع كان اعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلناه الى هنا كلام ذلك البعض اقول بحثه ظاهر السقوط لان المشتري انما اقر اولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافي قيام الملك له في الحال اي في حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له في الحال لو كان اقر ابتداء بانه معتق نفسه او كان اقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس واما ما ذكره في الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز ان يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء ايضا على هذا الخلاف كما ذكره المص ره اولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى ان مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء في مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المص ره ولو سلم الخ وحينئذ لا شك في قيام الملك للمشتري الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام (فبطل به) اي بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذي هو دعوى المشتري (بخلاف النسب) يعني انه لا يبطل باعتراض شيء اصلا (على ما مر) اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه اخذ اكثر الشراح قال في الكافي بخلاف النسب لما مر في ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المص ره ايضا والحاصل ان النسب الزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله اصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) اي اقرار البائع بنسب ما باعه لغيره (يصلح مخرجا) اي حيلة (على اصله) اي على اصل ابي حنيفة ره (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه) اي يخاف المشتري على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) اي فانه يقطع دعوى البائع (باقراره بالنسب لغيره) قال الامام المحبوبي صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشتري ان يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يامن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند ابي حنيفة رح فان هذا يكون حيلة عنده وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتاتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا في النهاية (قال) اي محمد رح في الجامع الصغير

(واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبد المسلم كذا في النهاية قال المص ره (لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعي تعارضا) يعني ان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي تعارضا (ولا تعارض) اي ولا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا (لان نظر الصبي) ههنا اوفر يعني ان النظر للصبي واجب ونظيره بما ذكرناه (اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه) اي وفي عكس ما ذكرنا (الحكم بالاسلام تبعا) اي ينال الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية (لانه ليس في وسعه اكتسابها) اي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا راي اكثر الشراح في حل هذا المقام وهو الحقيق عندي ايضا بان يراد من هذا الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل ان يقول هذا مخالف لما في الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى واورد

بعض الفضلاء على قوله ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا عن الاشراك حتى يخالف بل نقول كما ان ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى اقول ليس مراد صاحب العناية ان هذا مخالف للكتاب بمجرد ما قاله الباب على ان صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على ان العبد المومن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا اما على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مومنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما اعني الرقيق والرقيقة كما اشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني ان المومن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا يضر مع شرف الايمان انتهى فالامر ظاهر واما على كون الامة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وامته عاما بين الحر والحرة ايضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف واختاره حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين اي ولامراة مومنة حرة كانت او مملوكة وكذلك ولعبد مومن لان الناس كلهم عبيد الله واماؤه انتهى فلان الرقيق المومن يندرج حينئذ في عبد مومن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان حرا ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على ان الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب اب لان دعوته لا تحتمل النقض تعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت اقوى من المانع وكذا الآيات بالجحود والاصل عدمه الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وترك الحضانة لا يلزم رق فيقطع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان الصبي يعود الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى اقول فيه بحث لان كون مدعي النسب ابا اول المسئلة فذكره ههنا مصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس يقتضي لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد ان كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو اول المسئلة ايضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت اقوى من المانع كلام خال عن التحصيل ههنا لان وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام فيما لا يودي الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام منافي للرحمة بهم والنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت اقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المص ره ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز ان يكون عبدا لواحد وابنا لآخر انتهى وكانهما اخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني ان ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة النبوة فالمسلم اولى والفرق انهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعوتين اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا لواحد وابنا لآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى اقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له حرا بالاطلاق بنوته له وان الذي يحكم به هو ثبوت نسب الصبي منه حرا كما صرح به في وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر والا لزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لما تصور النزاع بينهما اصلا ولا شك ان بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان في تحرير المص ره مانعا آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو ان قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر آه لا يصلح ان يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض بهذا المعنى فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المص ره فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير الا ترى ان الترجيح بالاسلام واجب في النسب نظرا للصغير ونظر الصبي في



هذا اوفر آه اما صاحب الكفاية فلم يرد على شرحه المذكور شيئا آخر وكانه غافل بالكلية واما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه ولهذا حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه ان المص ره قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حر بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبي آه دليلا على ذلك ايضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه ان يذكر بالواو اللهم الا ان يحمل الثاني على تعليل المعلل فتامل (ولو كانت دعوتهما) اي دعوة المسلم والكافر (دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين) اي للصبي ونوقض هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعى مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان مع ان بينة الغلام اولى ولم ترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران لعدم الولد وبينة من تثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه كذا في العناية اقول ولقائل ان يقول ان يقوى هذا بذلك النص فقد يقوى رجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى (قال) اي محمد ره في الجامع الصغير (واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امراة على الولادة) قال المص ره اقتفاء اثر عامة المشائخ في تقييد هذه المسئلة (ومعنى المسئلة ان تكون المراة ذات زوج) اي ومعنى هذه المسئلة ان يكون المراة ذات زوج وادعت انه ابنها من هذا الزوج وانكر الزوج ذلك (لانها تدعي تحميل النسب على الغير) وهو الزوج (فلا تصدق الا بحجة) يعني ان المراة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة واذا ثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) اي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة احد وان انكرت المراة (لانه يحمل نفسه النسب) وفي بعض النسخ يحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) اي في دعوة المراة في المسئلة المارة (لان الحاجة الى تعيين الولد) بانه الذي ولدته تلك المراة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (اما النسب فيثبت بالفراش القائم) يعني اما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى يلزم الحجة التامة وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة ره) يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت الى حجة تامة عند ابي حنيفة ره وهي شهادة رجلين او رجل وامراتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امراة واحدة (وقد مر في الطلاق) اي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها) اي من غير بينة اصلا لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمراة هذا ما ذهب اليه عامة المشائخ واختاره المص ره ومنهم من اجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لم تكن عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله وفرق بين الرجل والمراة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة وجه الفرق ان الاصل ان كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المراة الدخول وكذبها لا تصدق

الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق طلاقها بحيضها فالمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج اليها كذا في الشروح اقول فيه بحث اما اولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا انه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر في كتاب الشهادة انه يجوز للشاهد ان يشهد شيئا لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولدا ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل اصلا اي ولو كان هناك منازع شرعي اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع ان مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها شرعا اكثر من ان تحصى فظهر ان المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه فلما امكنه اثبات نسبه منه لزمه ايضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب واما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجري في مسئلتنا لان كون المدعي مما لا يمكن للمدعي اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه وينكر ادعاءه كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة كما بين الا انه مما لم ينكره احد لان الكلام فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المص ره في تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر (وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه) اي ادعت ان الولد ابنها من ذلك الزوج (وصدقها) اي وصدق (الزوج) اياها (فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) اي وان لم تشهد امرأة على الولادة يعني لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة (لانه) اي الزوج (التزم نسبه) اي نسب الولد (فاغنى ذلك عن الحجة) لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة اولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير (وان كان الصبي في ايديهما) اي في ايدي الزوجين (وزعم الزوج انه ابنه من غيرها) اي زعم الزوج ان الصبي ابنه من امرأة اخرى لا (وزعمت انه ابنها من غيره) اي وزعمت المرأة انه ابنها من زوج آخر كان لها (فهو ابنهما) اي لان الصبي ابنهما معا هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول له ايهما صدق تثبت نسبه منه بتصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير ايضا قال المص ره في تعليلها (لان الظاهر ان الولد منهما) اي من الزوجين اللذين كان الولد في ايديهما (لقيام ايديهما ولقيام الفراش بينهما) اقول فيه شيء وهو ان قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد اي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم يجز دعوة امرأة ذات زوج صبيا انه ابنها اذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا ففي مسئلتنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فتامل (ثم كل واحد منهما) اي من الزوجين (يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) اي على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه (وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي) حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه بل يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر) اي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان (لان المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها) اعلم ان المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح



يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح ان دعوى النسب انما لا يبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين ولا مساواة فان دعوى النسب اقوى من النفي وذكر فيه ايضا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة امة او كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول الذي نقل عن الايضاح اولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعا ونقضا فتامل (وقال) اي محمد ره في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده) يعني ولدت ولدا من المشتري (فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشرى اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت نص عليه الامام الزيلعي ره في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب (لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين) اي سبب كان مثل الشرى والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها (او نكاح) عطف على يمين والمعنى انه معتمدا على ملك نكاح (فتلد منه) اي تلد المرأة ممن يطاها (ثم يستحق) بان يظهر بالبينة كونها امة هكذا ثم تفسير (وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض) فانه لاخلاف بين الصدر الاول وفقهاء الاقطار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل حديث عمر رض يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في العناية اقول يرد على ظاهره ان اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رض بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المص ره من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره المص ره ويمكن الجواب عنه بان يقال ان اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال ان يكون المراد بحديث عمر رض يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا ان السلف وان اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من اقوالهم الا ان الخلاف مرتفع في الحقيقة بتاويل كلام عمر رض وتبيين مرامه على وفق ما يقتضيه النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل (ولان النظر من الجانبين واجب) اذ المغرور بنى امره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يجعل حق المستحق في معنى المملوك ويجعل حق المغرور في صورته كذا في الكافي (فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما) ودفعا للضرر عنهما (ثم الولد حاصل في يده) اي في يد المغرور (من غير صنعه) اي من غير تعديه كذا في العناية (فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة) فانه امانة في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع (فلهذا) اي فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع (يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع) وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد لم يعلق في حق المستولد حرا ويعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء وكذلك كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا اما اذا كان مكاتبا او عبدا ماذونا له في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد ره وسيجئ ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان

(ولو مات الولد) يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شيء على الاب) اي ليس على الاب شيء من قيمته (لانعدام المنع) اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا في الكافي (وكذا لو ترك مالا) اي وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثا لابيه فاخذه ابوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شيء لان المنع لم يتحقق الا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لان الارث ليس ببدل عنه) فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه (والمال لابيه لانه) اي الولد (حر الاصل في حقه) اي في حق ابيه كما مر (فيرثه) فان قيل الولد وان كان حر الاصل في حق ابيه الا انه رقيق في حق مدعيه فينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد علق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها كذا في الشروح والكافي اقول فيما في هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفا فليتامل في التوفيق او الترجيح (ولو قتله الاب يغرم قيمته) اي يضمنها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته) اي فاخذ الاب ديته (لان سلامة بدله له) اي لان سلامة بدل الولد وهو ديته للاب كسلامته اي كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) اي ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما اذا كان حيا) واما اذا لم ياخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا اي لا حقيقة ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير وذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يوخذ بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا في النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) اي ويرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه (لانه) اي بائعه (ضمن له) اي للمشتري (سلامته) اي سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق كذا في معراج الدراية ويساعده تقرير صاحب النهاية اقول يرد على ظاهر هذا الشرح انه لا شبهة في ان البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب الا ان المبيع في مسئلتنا هي الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المص ره لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه انتهى اقول ويرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذي يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح ادخال المعدوم في عقد البيع اصلا فضلا من ضمان سلامته عن العيب ولا شك ان الولد في مسئلتنا ممن حدث بعد البيع والحق عندي في هذا المقام ان يطرح حديث الجزئية من البين ويقال في بيان مراد المص ره من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الام عن العيب فان كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية ايضا لان من منافعها الاستيلاد وكون الولد لها من مولاها حر الاصل من غير ان يستحقه احد وكان سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع فالضمير للمشتري وقيل بثمن المشتري اذا استحق او بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه احد انتهى واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلثة المعنى الوسط حيث قال كما يرجع بثمنه اي ثمن المبيع وهو الام لان الغرور يشملها انتهى واقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن في تذكير الضمير نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها ورجع بها كثمنها بتانيث الضمير اي ورجع بقيمة الولد كثمن الام (بخلاف العقر) يعني ان المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه واخذ منه المستحق (لانه) اي لان العقر (لزمه) اي لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) اي لاستيفاء منافع الجارية المستحقة اي



منافع نصفها (فلا يرجع به على البائع) اذ لو رجع به يسلم له المستوفى مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم له والوطي مجانا كذا في النهاية وغيرها

## كتاب الاقرار

ذكر كتاب الدعوى ثم ذكر ما يعقبه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره يسبب الخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعدما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بالمال لا يخلو اما ان يستربح منه او لا فان استربح فلا يخلو اما ان يستربح بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة كذا في الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع السنتهم عن مذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وانالة النول ثم ان المنقول ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان ثبوته وسببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة اما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشيء اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا في النهاية ومعراج الدراية واما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه كذا في الكافي وعامة المتون والشروح وقال في العناية الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى اقول لقد اصاب صاحب العناية في بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة اما الاول فلان اخذ الاقرار في تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه موديا الى المصادرة مما يخل به المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين المخصوصين هو احد ذينك الشيئين كما لا يخفى والظاهر ان الاقرار في اللغة ليس بمخصوص باثبات متزلزل بين الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تزلزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه ماخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا واما الثاني فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوى والشهادة ايضا اذ انما يمتاز الاقرار الشرعي عنهما بالقيد المغير عليه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فاذا اريد في تعريف الاقرار الشرعي قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عنه الدعوى والشهادة واما اذا اطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم اقول في تعريف العامة ايضا شيء اما اولا فلانه قد تقرر في كتب الاصول ان التصرفات اما اثبات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى ان الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور جامعا واما ثانيا فلان اقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع انه يصدق عليه انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم ان لا يكون تعريفهم المزبور مانعا ويمكن ان يجاب عن الثاني بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضي ان لا يكون اقرارا صحيحا شرعا لا ان لا يكون اقرارا مطلقا في الشرع فيجوز ان يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار في الشرع سواء كان صحيحا او فاسدا ومن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما تتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه واما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب واما شرطه

فسياتي في الكتاب واما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار واما حكمه فظهور ما اقر به لا ثبوته ابتداء الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده كذا في الكافي وغيره وقال صاحب النهاية ومن يجد حدوده وحكمه لزوم ما اقر به على المقر وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احدها ان الرجل اذا اقر بعين لا يملكه لا يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية ان الاقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة ان العبد المأذون اذا اقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير واما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا بيانه ان الله تعالى امر بالاملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شيء لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وايضا نهي عن الكتمان وهو آية على لزوم ما اقر به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال أأقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنه اي شاهد بالحق واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال في قصة العسيف واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران في كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما ثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيره اولى واما الاجماع فان المسلمين اجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير واما المعقول فان الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب في الاصل ولكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما اقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل (قال) اي القدوري في مختصره (واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه) اي لزم المقر (اقراره) اي موجب اقراره او ما اقر به اقول يرد عليه النقض بما اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق مكرها فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع ايضا لا يقال تركه اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضى من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما (مجهولا كان ما اقر به او معلوما) هذا ايضا لفظ القدوري يعني لا فرق في صحة الاقرار ولزومه بين ان يكون ما اقر به معلوما او مجهولا لما سيأتي تفصيله قال المص ره (اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق) اراد بهذا التنبيه على ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا يرد الاشكال بصحة الاقرار بالخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء في الحال كما بيناها فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه انه يتناول الدعوى والشهادة ايضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح (وانه ملزم) اي وان الاقرار ملزم على المقر ما اقر به (لوقوعه) اي لوقوع الاقرار (دلالة) اي دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد اشار المصنف ره الى بعض ههنا بقوله



(الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزا الرجم باقراره) اي باقراره بالزنا (وتلك المرأة) اي وكيف الزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم (باعترافها) اي باعترافها بالزنا ايضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى كذا قالوا اقول يرد على ظاهره منع اطلاق هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف ره فيما سيأتي فكان ملزما في حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتأمل في الدفع (وهو) اي الاقرار (حجة قاصرة) على نفس المقر غير متعدية الى الغير (لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر عليه) اي على المقر نفسه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل اما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء فينفذ في حق المقر وحده كذا في الكافي وغيره واعلم ان هذا لا ينافي ما ذكر من ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا) اي في المال وغيره (فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار) حتى اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب يصح (لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص) قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فساكت عنه ولا يرد عليه شيء اقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف حتى ان الشارح المذكور قال في اواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلوة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص دون الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فساكت عنه ولئن سلم ان لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا بقصد نفي لزوم ذلك له بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اما اولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المصنف ره ويشترط الحرية ليصح اقراره مطلقا الى آخره في ان مراده به هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا البيان التفرقة بين العبيد واما ثانيا فلانه لو كان قول المص ره هذا البيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مخل به لانهم متحدون في صحة اقاريرهم بالحدود والقصاص فالمحمل الصحيح لكلام المص ره ههنا على فرض ان لا يكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلثة الواقعة في كلام القدوري فان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين اعني البلوغ والعقل تأمل تقف ثم اقول بقي بحث في كلام المصنف ره اما اولا فلان كون العبد المأذون ملحقا بالحر في حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد المأذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطاء وقطع يد رجل عمدا او خطاء لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر بتلك الامور فكان العبد المأذون ممن لا يصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا ان يحمل قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار على التعرض والمبالغة واما ثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال يأخذ في حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر في معنى نفي صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال لا يقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لا يصح في الحال لانه لا يصح

مطلقا فیوافق ماذکرہ فی کتاب الحجر لانا نقول لاشک ان مقصودہ ہہنا توجیہ اشتراط الحریۃ فی مسئلۃ الکتاب والمذکور فی جواب ہذہ
المسئلۃ لزوم الاقرار مطلقا ای بلا تقیید بالحال فلا یتم التقریب وایضا عدم اللزوم فی الحال یوجد فی الحر ایضا کما اذا اقر بالدیون الموجلۃ
وکما اذا اقر الانسان بعیون مملوکۃ للغیر فانہ لا یلزمہ فی الحال واذا ملکہا یوما فیلزمہ ویومر بتسلیمہا الی المقرلہ علی ان الذی ذکرہ المصنف رح
ہہنا عدم صحۃ اقرار العبد المحجور علیہ بالمال لا عدم لزومہ ولا یلزم من عدم لزوم اقرارہ بالمال فی الحال کما ذکرہ فی کتاب الحجر عدم صحۃ اقرارہ
فی الحال فلا یتم التوفیق اللہم الا ان تحمل الصحۃ ہہنا علی اللزوم قال فی البدائع واما الحریۃ فلیست بشرط لصحۃ الاقرار فیصح اقرار
العبد الماذون بالدین والعین لما بینا فی کتاب الماذون وکذا بالحدود والقصاص وکذا العبد المحجور یصح اقرارہ بالمال لکن لا ینفذ
علی المولی للحال حتی لا تباع رقبتہ بالدین بخلاف الماذون الا انہ یصح اقرارہ فی حق نفسہ حتی یواخذ بہ بعد الحریۃ لانہ من اہل الاقرار
لوجود العقل والبلوغ الا انہ امتنع النفاذ علی المولی للحال لحقہ فاذا عتق فقد زال المانع فیواخذ بہ وکذا یصح اقرارہ بالحدود والقصاص
فیواخذ بہ للحال لان نفسہ فی حق الحدود والقصاص کالخارج عن ملک المولی ولہذا لو اقر المولی علیہ بالحد والقصاص لا یصح انتہی و
قال فی التبیین وکون المقر حرا لیس بشرط فی صحۃ اقرار العبد وینفذ فی الحال فیما لا تہمۃ فیہ کالحدود والقصاص وفیما فیہ تہمۃ لا یواخذ بہ
فی الحال لانہ اقرار علی الغیر وہو المولی ویواخذ بہ بعد العتق لزوال المانع وہو نظیر ما لو اقر الحر الانسان بعین مملوکۃ لغیرہ لا ینفذ للحال واما اذا ملکہا
یوما یومر بتسلیمہا الی المقرلہ لزوال المانع انتہی قال المصنف رح فی تعلیل مجموع ما ذکرہ ہہنا (لان اقرارہ) ای اقرار العبد المحجور
علیہ (عہد) ای عرف (موجبا لتعلق الدین برقبتہ) لان ذمتہ ضعفت بالرق فانضمت الیہا مالیۃ الرقبۃ کذا فی الکافی
وغیرہ (وہی) ای رقبۃ العبد المحجور علیہ (مال المولی فلا یصدق علیہ) ای علی المولی لقصور الحجۃ (بخلاف الماذون لہ لانہ)
ای الماذون (مسلط علیہ) ای علی الاقرار (من جہتہ) ای من جہۃ المولی لان الاذن لہ بالتجارۃ اذن لہ بما لا بد منہ
بالتجارۃ وہو الاقرار اذ لو لم یصح اقرارہ لانحسم علیہ باب التجارۃ فان الناس لا یبایعونہ اذا علموا ان اقرارہ لا یصح اذ لا تہیأ لہم الاشہاد
فی کل تجارۃ یعملونہا معہ کذا فی مبسوط شیخ الاسلام والذخیرۃ (وبخلاف الحد والدم) ای القصاص (لانہ) ای لان العبد
(یبقی علی اصل الحریۃ فی ذلک) ای فی الحد والدم بتاویل المذکور او بجواز استعمال ذلک فی المثنی ایضا کما قالوا فی
قولہ تعالی عوان بین ذلک (حتی لا یصح اقرار المولی علی العبد فیہ) ای فیما ذکر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبۃ بناء
علی الجنایۃ والجنایۃ بناء علی کونہ مکلفا وکونہ مکلفا من خواص الآدمیۃ لا تزول بالرق کذا فی الشروح قال بعض الفضلاء ہذا
الاستدلال لا یندفع بالوقیل فی اقرارہ بالقصاص اہلاک رقبتہ التی ہی مال المولی فیکون اقرارا علی الغیر والاولی ان یستدل
علیہ بما فی کتب الاصول انتہی اقول بل ذلک مدفوع لان المقصود بالقصاص اہلاک النفس واہلاک مالیۃ رقبۃ العبد انما ہو بالتبع
فلا یکون اقرارہ بالقصاص اقرارا علی الغیر بالنظر الی ما ہو المقصود منہ اصالۃ ولا یضرہ لزوم اہلاک مال الغیر بالتبع اذ کم من شیء
یثبت ضمنا ولا یثبت اصالۃ وذکر فی کتب الاصول ان العبد یصح منہ الاقرار بالحد والقصاص والسرقۃ المستہلکۃ لان
الحیوۃ والدم حقہ لاحتیاجہ الیہما فی البقاء ولہذا لا یملک المولی اتلافہما ولا یخفی ان ما توہمہ ذلک القائل یتوجہ الی ما ذکر فیہا ایضا
والمخلص ما حققناہ (ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبی والمجنون غیر لازم لانعدام اہلیۃ الالتزام) فلا
یلزم باقرارہما شیء (الا اذا کان الصبی ماذونا لہ) فحینئذ یصح اقرارہ فی قدر ما اذن لہ فیہ لانہ (ملحق بالبالغ بحکم
الاذن) لاختیار رأیہ برأی الولی فیعتبر کالبالغ والنائم والمغمی علیہ کالمجنون لانہما لیسا من اہل المعرفۃ والتمییز وہما شرطان لصحۃ
الاقرار واقرار السکران جائز بالحقوق کلہا الا بالحدود الخالصۃ والردۃ بمنزلۃ سائر التصرفات تنفذ من السکران کما ینفذ من الصاحی



کذا فی الکافی ومعراج الدرایۃ (وجہالۃ المقر بہ لا تمنع صحۃ الاقرار) یعنی لو کان المقر بہ مجہولا بان قال المقر لفلان علی شیء او حق یصح الاقرار
ویلزمہ ما اقر بہ (لان الحق قد یلزمہ مجہولا) یعنی ان الحق قد یلزم الانسان مجہولا (بان اتلف مالا لا یدری قیمتہ او یجرح
جراحۃ لا یعلم ارشہا) لان الواجب فی الجراحات ان یستانی حولا فلا یعلم فی الحال موجبہا (او تبقی علیہ باقیۃ حساب لا یحیط بہ علمہ)
ای بما بقی من الحساب (والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فیصح بہ) ای فیصح بکون المقر بہ مجہولا فان قلت الشہادۃ اخبار عن
ثبوت الحق ایضا ومع ذلک تمتنع صحتہا بجہالۃ المشہود بہ فما الفرق بینہما قلت الشرع لم یجعل الشہادۃ حجۃ الا بعد العلم بالمشہود بہ قال اللہ تعالی
الا من شہد بالحق وہم یعلمون وقال النبی صلی اللہ علیہ وسلم اذا رأیت مثل الشمس فاشہد والا فدع وان الشہادۃ لا توجب حقا الا بانضمام
القضاء الیہا والقضاء بالمجہول لا یتصور اما الاقرار فموجب بنفسہ قبل اتصال القضاء بہ وقد امکن ازالۃ الجہالۃ بالاجبار علی البیان فیصح
بالمجہول ولہذا لا یصح الرجوع عن الاقرار ویصح الرجوع عن الشہادۃ قبل اتصال القضاء بہا کذا فی المبسوط (بخلاف الجہالۃ فی
المقر لہ) یعنی انہا تمنع صحۃ الاقرار (لان المجہول لا یصلح مستحقا) ذکر شیخ الاسلام فی مبسوطہ والناطفی فی واقعاتہ ان جہالۃ المقر لہ
انما تمنع صحۃ الاقرار اذا کانت متفاحشۃ بان قال ہذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم یکن متفاحشۃ بان قال ہذا العبد لاحد ہذین الرجلین
فلا تمنع ذلک وقال شمس الائمۃ السرخسی لا یصح الاقرار فی ہذہ الصورۃ ایضا لانہ اقرار للمجہول وانہ لا یفید لان فائدۃ الجبر علی البیان ولا
یجبر علی البیان ہہنا لانہ انما یجبر لصاحب الحق وہو مجہول وفی الکافی والاصح انہ یصح لانہ یفید اذ فائدتہ وصول الحق الی المستحق وطریق الوصول
ثابت لانہما اذا اتفقا علی اخذہ فلہما حق الاخذ انتہی قال فی شرح الطحاوی وکذلک جہالۃ المقر تمنع صحۃ الاقرار نحو ان یقول لرجل لک
علی احدنا الف درہم لان المقضی علیہ مجہول وہکذا ذکر فی کثیر من شروح ہذا الکتاب نقلا عنہ اقول فی تمثیل جہالۃ المقر بالمثال المذکور
نظر اذ الظاہر ان الجہالۃ ہہنا فی المقر علیہ لا فی المقر لانہ متیقن وہو المتکلم والاولی فی تمثیل ذلک ان یقال نحو ان یقول لرجل احد من جماعۃ
او من اثنین لک علی الف ولا یدری ایہم او ایہما قال ذلک (ویقال لہ بین المجہول) ہذا لفظ القدوری فی مختصرہ یعنی یقال
للمقر فیما اقر بمجہول بین المجہول (لان التجہیل من جہتہ) ای من جہۃ المقر یعنی ان الاجمال وقع من جہتہ فعلیہ البیان ولکن لا بد
من ان یبین شیئا یثبت دینا فی الذمۃ قل او کثر نحو ان یبین حبۃ او فلسا او جوزۃ او ما اشبہ ذلک اما اذا بین شیئا لا یثبت فی
الذمۃ فلا یقبل منہ نحو ان یقول عنیت حق الاسلام او کفا من تراب او نحوہ کذا فی شروح الطحاوی وذکر فی غایۃ البیان (فصار کما
اذا اعتق احد عبدیہ) ای فصار اقرارہ بالمجہول کما اذا اعتق احد عبدیہ فی وجوب البیان علیہ (فان لم یبین) ای
فان لم یبین المقر ما اجملہ (اجبرہ القاضی علی البیان لانہ لزمہ الخروج عما لزمہ بتصحیح اقرارہ) بالبار الجارۃ وفی بعض
النسخ بصریح اقرارہ (وذلک) ای الخروج بما لزمہ بتصحیح اقرارہ (بالبیان) لا غیر وبہ قال الشافعی رح ومالک رح واحمد رح
وعن الشافعی رح فی قول ان وقع الاقرار المبہم فی جواب دعوی وامتنع عن التفسیر یجعل ذلک انکارا منہ ویعرض الیمین علیہ فان اصر جعل
ناکلا عن الیمین وحلف المدعی وان اقر ابتداء یقال للمقر لہ ادع حقک فاذا ادعی او اقر او انکر یجری علیہ حکمہ کذا فی معراج الدرایۃ (فان
قال لفلان علی شیء لزمہ ان یبین مالہ قیمۃ) ہذا لفظ القدوری فی مختصرہ قال المص رح فی تعلیلہ (لانہ اخبر عن الوجوب
فی ذمتہ) کما یدل علیہ لفظۃ علی لانہا للایجاب والالزام (وما لا قیمۃ لہ لا یجب فیہا) ای فی الذمۃ (فاذا بین غیر ذلک)
ای غیر مالہ قیمۃ (یکون رجوعا) عن الاقرار فلا یقبل (قال) ای القدوری فی مختصرہ (والقول قولہ) ای
قول المقر (مع یمینہ ان ادعی المقر لہ اکثر من ذلک) ای مما بینہ یعنی اذا بین المقر مالہ قیمۃ مما یثبت فی
الذمۃ بکیلا کان او موزونا او عددیا نحو کر حنطۃ او فلس او جوزۃ فاما ان یساعدہ المقر لہ او لا فان ساعدہ اخذہ وان لم یساعدہ

بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه (لانه) اي لان المقر (هو المنكر فيه) اي فيما يدعى عليه المقر له من الزيادة والقول
قول المنكر مع يمينه قال المصنف رح (وكذا اذا قال لفلان علي حق) اي لزمه ههنا ايضا ان يبين ماله قيمة (لما بينا) انه اخبر
عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها ذكره في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان علي حق ثم قال مفصولا عنيت به حق
الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية
كذا في الكافي (وكذا لو قال غصبت منه شيئا) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المص رح تفريعا على مسئلة القدوري يعني
لو قال غصبت من فلان شيئا صح اقراره ولزمه البيان ايضا والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك
التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا
مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه
ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا او اجر من فلان شيئا او اشترى
من فلان كذا في لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شئ وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب
تسليم شئ بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار
واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا على المقر له كذا في الكافي والمحيط البرهاني (ويجب ان يبين ما هو مال
يجري فيه التمانع تعويلا على العادة) اي اعتمادا عليها واعلم انه ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح و
يلزمه ما فيه فلا بد من ان يبين شيئا هو مال لان الشئ حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية
فيه فان الغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما
هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد ان يبين مالا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسر بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره
بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا ما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه
لان هذا بيان مقرر الاصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان او مفصولا ويستوي ان يبين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد
ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح
واختلفت المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع
فيهما يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه و
ذلك غير صحيح انتهى ههنا لفظ المبسوط وصرح في الايضاح وغيره بان الاول وهو قبول بيانه بان المغصوب زوجته او ولده اختيار مشائخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه
بذلك اختيار مشائخ ما وراء النهر واذ قد عرفت ذلك تبين لك ان المصنف رح اختار ههنا قول مشائخ ما وراء النهر حيث قال ويجب
ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة يعني ان مطلق اسم الغصب ينطلق على اخذ مال متقوم في العرف هذا قال
صاحب العناية في شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته
او ولده لا يصح وهو اختيار لمشائخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري
فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب
ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم يصح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل
الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض

التعريف



التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا
على العادة الى ههنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان صحة ما ذكره في هذا الجواب من ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل صحة
اختيار مشائخ ما وراء النهر فيما لو بين ان المغصوب زوجته او ولده من ان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال لان مشائخ العراق يقولون لفظ
الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال كما صرح به في المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول منهم الا ان
حقيقة الغصب تترك في ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل صحة اختيار مشائخ ما وراء النهر بان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس
بمال واما ثانيا فلان قوله وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف رح تعويلا على العادة علة لوجوب ان يبين ما هو
مال يجري فيه التمانع ومعناه ان حقيقة الغصب وان تناولت ما يجري فيه التمانع من الاموال وما لا يجري فيه التمانع منها الا ان
العادة خصصته بالاول فلا بد ان يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة او قطرة ماء فانه لا يصح قطعا واما ان حقيقة الغصب
تترك بدلالة العادة الى ما هو اعم منها فلا اشارة اليه في كلامه اصلا وكيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه اشارة اليه لما صح القول
منه بوجوب ان يبين مالا اذ العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على
حقيقة الشرعية وبالجملة ان كلام المص رح ههنا مسبوق على ما هو مختار مشائخ ما وراء النهر دون مختار مشائخ العراق وفيما ذكره صاحب
العناية خلط المذهبين (ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه) وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال احد في
اقراره لفلان علي مال فالرجوع الى المقر في بيان قدر المال قال المصنف رح في تعليله (لانه هو المجمل) يعني ان المقر هو المجمل
والرجوع في بيان المجمل الى المجمل (ويقبل قوله في القليل والكثير) وهذا من تتمة كلام القدوري قال المصنف في تعليله
(لان كل ذلك مال فانه) اي المال (اسم لما يتمول به) وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المصنف رح (الا انه)
اي المقر (لا يصدق في اقل من درهم) والقياس ان يصدق فيه ايضا لانه مال وفي الاستحسان لا يصدق فيه وجه
ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد اشار اليه بقوله (لانه) اي الاقل من درهم (لا يعد مالا عرفا) فان ما دون الدرهم من الكسور ولا
يطلق اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال له علي مال كان
القول قوله فيه ودرهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوهم انه لا يقبل قوله اذا بين اقل من درهم وقال بعضهم ينبغي ان يقبل قوله في البيان
لان اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام
والاقرار لا يكون اقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحملنا عليه انتهى كلامه وقال الناطقي في اجناسه وفي نوادر هشام قال
محمد رح لو قال لفلان علي مال له ان يقر بدرهم ثم قال وقال في الهاروني لو قال لفلان علي مال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق
في اقل منه في قول ابي حنيفة رح وزفر رح وقال ابو يوسف رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل منها الى ههنا لفظ
الاجناس (ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم) هذا لفظ القدوري يعني لو قال لفلان علي مال
عظيم فعليه ما يجب فيه الزكوة وهو مائتا دراهم وقال الشافعي رح هو مثل الاول قلنا فيه الغاء لوصف العظم فلا يجوز وقد اشار المصنف رح اليه
بقوله (لانه اقر بمال موصوف) اي موصوف بوصف العظم (فلا يجوز الغاء الوصف) بل لا بد من البيان بما يعد عظيما عند
الناس (والنصاب مال عظيم في الشرع والعرف) (حتى اعتبر صاحبه غنيا به) فاوجب عليه مواساة الفقراء (والغني عظيم
عند الناس) فكان فيما قلنا رعاية الحكم الشرع والعرف وهذا قول ابي يوسف رح ومحمد رح ولم يذكر في الاصل قول ابي حنيفة رح في
هذا الفصل فاختلفت رواية المشائخ عنه فيه فاراد المص رح بيان ذلك فقال (وعن ابي حنيفة رح) اي روي عنه (انه) ا

المقر فی ہذا الفصل (لا يصدق فی اقل من عشرة دراہم وہی نصاب السرقة) ونصاب المہر ايضا
(لانہ) ای لان ہذا النصاب (عظيم حيث يقطع بہ اليد المحترمة) ويستباح بہ البضع المحرم (وعنہ) ای عن ابی حنيفة رح
(مثل جواب الكتاب) ای مثل ما ذكر فی مختصر القدوری من انہ لا يصدق فی اقل من مائتی درہم قال فی غاية البيان
وہو الصحيح لانہ لم يذكر عددا حتی تجب مراعاة اللفظ فيہ فاوجبنا التعظيم من حيث المعنی وہو المال الذی يجب فيہ الزكوة لانہ اقل مال لہ خطر فی
الشرع انتہی وذكرہ صاحب العناية ايضا تقبل خلا قولہ لانہ اقل مال لہ خطر فی الشرع اقول فيہ بحث لان التعليل المذكور لا يفيد كون
ما فی ہذہ الرواية ہو الصحيح لان ايجابنا التعظيم من حيث المعنی امر مقرر علی كلتی الروايتين وانما النزاع فی ان ذلك العظيم ما ذا اہل ہو نصاب
الزكوة ام نصاب السرقة والمہر فقولہ وہو المال الذی يجب فيہ الزكوة غير مسلم علی الرواية الاخری وكذا قولہ لانہ اقل مال لہ خطر فی الشرع
اذ لصاحبہا ان يقول بل ہو المال الذی يجب فيہ قطع اليد المحترمة ويستباح بہ البضع المحرم وہو اقل مال لہ خطر فی الشرع فلم يتم التقريب
قال شمس الائمة السرخسی رح والاصح علی قول ابی حنيفة رح انہ يبنی علی حال المقر فی الفقر والغنی فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك
عند الغنی حقير وكما ان المائتين عظيم فی حكم الزكوة فالعشرة عظيم فی حكم قطع يد السارق وتقدير المہر بہا فوقع التعارض فيرجع الی حال المقر كذا
فی فتاوی قاضيخان وذكر فی بعض الشروح (وہذا) ای ما ذكر من انہ لا يصدق فی اقل من مائتی درہم (اذا قال من الدراہم)
ای اذا قال علی مال عظيم من الدراہم سواء قال كذلك ابتداء او قال فی الابتداء لہ علی مال عظيم ثم بين مرادہ من المال العظيم بالدراہم فيقول
صاحبی النہاية ومعراج الدراية فی شرح قول المصنف رح ہذا اذا قال من الدراہم ای بين وقال ان مرادی بالمال العظيم الدراہم لا يخلو عن تقصير
(اما اذا قال من الدنانير) ای ہذا قال ذلك ابتداء او ثانيا عند البيان (فالتقدير فيہا) ای فی الدنانير (بالعشرين) ای
بعشرين مثقالا لانہ نصاب الزكوة فی الذہب (وفی الابل بخمس وعشرين) يعنی وفيما اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين
ابلا (لانہ ادنی نصاب يجب فيہ من جنسہ) كعشرين مثقالا فی الدنانير ومائتی درہم فی الدراہم والحاصل انہ اذا بين
بجنس من الاجناس الاموال الزكوة فالمعتبر اقل ما يكون نصابا فی ذلك الجنس فان قيل ينبغی ان يقدر فی الابل بخمس قال لانہ يجب
فيہا شاة فكان صاحبہا بہا غنيا قلنا ہی مال عظيم من وجہ حتی يجب فيہا الزكوة وليست بمال عظيم من وجہ حتی لا يجب فيہا من جنسہا
فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الی الكامل كذا فی الكافی وفی بعض الشروح (وفی غير مال الزكوة بقيمة
النصاب) يعنی وفيما اذا بين بغير مال الزكوة يقدر بقيمة النصاب ای بقدر النصاب قيمة (ولو قال اموال عظام) ای ولو
قال علی اموال عظام بصيغة الجمع (فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماہ) ای من ای نوع سماہ حتی لو قال من الدراہم كان
التقدير بستمائة درہم ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الی غير ذلك من الاجناس وانما كان كذلك
(اعتبارا للادنی فی الجمع) فان ادنی الجمع ثلثة فيحمل علی ثلثة اموال عظام ہی ثلثة نصب من جنس ما سماہ ولو قال علی مال نفيس او كريم
او خطير او جليل قال الناطفی لم اجدہ منصوصا وكان الجرجانی يقول يلزمہ مائتان كذا فی النہاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة و
فی غاية البيان نقلا عن الفتاوی الصغری قال شمس الائمة البيہقی فی كفايتہ عن ابی يوسف رح قال لفلان علی دراہم مضاعفة يلزمہ
ستة لان اقل الدراہم ثلثة والتضعيف اقلہ مرة فيضعف مرة قال لہ علی دراہم اضعافا مضاعفة او قال مضاعفة اضعافا فعليہ ثمانية عشر لان
الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلثة ثلث مرات فكانت تسعة وقولہ مضاعفة يقتضی ضعف ذلك فيقتضی ثمانية عشر وفی الصورة
الدراہم المضاعفة ستة واضعافہا ثلث مرات فيكون ثمانية عشر قال علی عشرة دراہم واضعافہا مضاعفة عليہ ثمانون درہما لان
اضعاف العشرة ثلثون فاذا ضمت الی العشرة كان اربعين فاوجبہا مضاعفة فيكون ثمانين (ولو قال دراہم كثيرة) ای لو قال



المقر اكثر من الثلثة فحينئذ يلزمہ ما بينہ قال المصنف رح (لان اللفظ) ای لفظ الجمع (يحتملہ) ای يحتمل الاكثر من الثلثة ولا تہمة فيہ
لكونہ عليہ الا (وينصرف الی الوزن المعتاد) ای الی الوزن المتعارف وہو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف
الی المتعارف كما مر فی البيوع واما يصدق فی اقل من ذلك لانہ يريد الرجوع عما اقتضاہ كلامہ قال فی التحفة وان لم يكن فيہ شیء
متعارف يحمل علی وزن سبعة فانہ الوزن المعتبر فی الشرع وہكذا ذكر فی العناية وقال فی البدائع وان كان الاقرار فی بلد يتعاملون
فيہ بدراہم ورنہا ينقص من وزن سبع يقع اقرارہ علی ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الی المتعارف حتی لو ادعی وزنا اقل
من وزن بلدہ لا يصدق لانہ يكون رجوعا ولو كان فی البلد اوزان مختلفة يعتبر فيہ الغالب كما فی نقد البلد فان استوت يحمل علی اقل
الاوزان لانہ يتيقن بہ والزيادة مشكوك فيہا فلا يثبت مع الشك انتہی اقول بيان المذكورين فی التحفة والبدائع فی صورة التساوی
تفاوت بل تخالف لا يخفی (ولو قال كذا كذا درہما لم يصدق فی اقل من احد عشر درہما) ہذا لفظ القدوری فی مختصرہ يعنی
لو قال لہ علی كذا كذا درہما لزمہ احد عشر درہما ولم يعتبر قولہ فی اقل من ذلك قال المص رہ فی تعليلہ (لانہ) ای المقر (ذكر عددين
مبہمين) ای ذكر لفظين ہما كنايتان عن العدد المبہم (ليس بينہما حرف العطف واقل ذلك) ای اقل ذلك ما كان
عددين ليس بينہما حرف العطف (من المفسر) ای من العدد المفسر ای المصرح بہ (احد عشر) واكثرہ تسعة عشر فانہ يقال احد
عشر الی تسعة عشر فيلزمہ الاقل المتيقن من غير بيان والزيادة تتوقف علی بيانہ (ولو قال كذا وكذا لم يصدق فی اقل من
احد وعشرين) ہذا ايضا لفظ القدوری فی مختصرہ قال المص رہ فی تعليلہ (لانہ ذكر عددين مبہمين بينہما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجہ علی نظيرہ) يعنی ان لفظ كذا كناية عن العدد والاصل فی استعمالہ
اعتبارہ بالمفسر ای بالعدد الصريح فما لہ نظير فی اعداد المفسرة يحمل علی اقل ما يكون من ذلك النوع لكونہ متيقنا فاذا قال لہ علی كذا كذا درہما فكانہ
قال لہ علی احد عشر درہما واذا قال علی كذا وكذا درہما وكانہ قال لہ علی احد وعشرون درہما (ولو قال كذا درہما فہو درہم) ہذہ المسئلة ذكرہا
المص تفريعا علی مسئلة القدوری ولم يذكرہا محمد رحمہ اللہ فی الاصل يعنی لو قال لہ علی كذا درہما فالواجب عليہ درہم واحد (لانہ)
ای لان درہما فی قولہ كذا درہما (تفسير للمبہم) ای تمييز للشیء المبہم وہو كذا لانہ كناية عن العدد المبہم واقلہ المتيقن واحد فيحمل عليہ وذكرت
ہذہ المسئلة فی بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوی قاضيخان علی خلاف ما ذكرہ المص رہ فانہ قال فی الذخيرة والمحيط وفی
الجامع الصغير اذا قال لفلان علی كذا درہما فعليہ درہمان لان ہذا اقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتی يكون معہ شیء آخر وقال فی التتمة وفی
الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليہ ديناران لان ہذا اقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتی يكون معہ شیء آخر وقال فی فتاوی قاضيخان
لو قال لفلان علی كذا دينارا فعليہ ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان انتہی اقول فيما ذكر فی تلك الكتب نظر لان
عدم كون الواحد من العدد انما ہو فی اصطلاح الحساب واما فی الوضع واللغة فہو من العدد قطعا وعن ہذا تری ائمة اللغة والنحو
قاطبة جعلوا اصول العدد اثنتی عشرة كلمة واحد الی عشرة ومائة والف وقال العلامة الجوہری فی صحاحہ الاحد بمعنی الواحد وہو اول العدد انتہی و
قال المحقق الرضی فی شرح الكافية لا خلاف عند النحاة فی ان لفظ واحد واثنان من اسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان
العدد عندہم ہو الزائد علی الواحد ومنع بعضہم ان يكون الاثنان من العدد انتہی ولا شك ان كون كذا كناية عن العدد ليس بمبنی علی اصطلاح
الحساب بل ہو امر جار علی اصل الوضع واللغة فكون اقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضی كون ما الواجب علی المقر فی المسئلة المذكورة
درہمين كما لا يخفی قال صاحب غاية البيان كان ينبغی ان يلزمہ فی ہذہ المسئلة احد عشر لانہ اول العدد الذی يقع مميزہ منصوبا واذا
كان كذلك ينبغی ان لا يصدق فی درہم والقياس فيہ ما قالہ فی مختصر الاسرار واذا قال لہ علی كذا درہما لزمہ العشرون لانہ ذكر جملة

لفلان علي دراهم كثيرة لم) يصدق في اقل من عشرة) دراهم هذا لفظ القدوري قال المصنف رح (وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين) وعند الشافعي رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان علي دنانير كثيرة لم يصدق عند ابي حنيفة رح في اقل من عشرة دنانير وعندهما في اقل من عشرين مثقالا وعند الشافعي رح في اقل من ثلثة دنانير كذا ذكر في الخلاف شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وقال القدوري في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح مثل قولهما وجه قول الشافعي رح انه وصف الدراهم بالصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها و ذلك لان اثبات صفة الكثيرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم اما من حيث الحقيقة فلان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد واما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون في ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين واما من حيث الحكم فلان حكم الشئ يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما في نصاب السرقة والمهر و يتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكوة فهو حرمة الصدقة ويتعلق تارة باكثر من مائتين كما في الاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فاذا تعذر العمل بها الغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة ووجه قول ابي يوسف رح ومحمد رح ما اشار اليه المصنف رح بقوله (لان صاحب النصاب) يعني صاحب الزكوة (مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكوته والتصدق على الفقير (بخلاف ما دونه) النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية في تقرير دليلهما وقالا امكن العمل بها اي بالكثرة حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء انتهى اقول فيه نظر لان نصاب الزكوة وان كان له الكثرة في ترتب حكم وجوب الزكوة الا ان نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له ايضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين لما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة في حكم ترتب وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل بواحد لها على التعيين فقوله لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئا وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به اولى من الالغاء لان اولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم اولوية العمل به من العمل لما فيه كثرة اخرى فلا يتم المطلوب وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما ولابي يوسف رح ومحمد رح ان العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي رح امكن العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما امكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كانه قال لفلان علي دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكوة وحرمة الصدقة واما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكوة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص واقل ما يطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فاما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه اقول فيه ايضا نظر لان ما بسطه وان افاد في الظاهر اولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد اولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما اورده بنفسه ايضا في تقرير دليل الشافعي رح بل افاد اولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير في حق وجوب الحج ايضا من الاماكن البعيدة واما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب به تامل (وله) اي ولابي حنيفة رحمه الله (ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع) اي عند كونه مميزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما) يعني ان العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لا جمعا (فيكون) اي العشرة (هو الاكثر من حيث اللفظ) اي من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف اليه) لان العمل بما دل عليه اللفظ



وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان يجب احد عشر درهما لانه اقل عدد يجئ مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى للتيقن انتهى اقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما تقتضيه كون الثابت ادنى ما يحتمله لفظ المقر دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى السؤال ان ادنى ما يحتمله لفظ المقر في هذه المسئلة انما هو احد عشر لانه يكون المميز منصوبا فينبغي ان يكون الواجب عليه احد عشر درهما وما ذكر في الجواب لا يدفعه قطعا ثم اقول الحق في الجواب ان يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظير الاحد عشر درهما في كون المميز منصوبا لكن ليس بنظير له في نفس ما غيره المنصوب لان احد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فاذا لم يكن نفس كذا نظير نفس احد عشر لم يعد الاشتراك في مجرد كون مميزهما منصوبا وهذا امر لا شبهة به قال في الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى وذكره الامام الزيلعي رح في شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحلية عن محمد رح انه ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لانه اقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان لما ذكرنا ولم اجده في الكتب المشهورة لاصحابنا انتهى كلامه اقول كانه لم ير ما ذكر في مختصر الاسرار وشرح المختار او لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا او اراد انه لم يجده منقولا عن محمد رح في الكتب المشهورة لاصحابنا ثم ان التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لانه اقل عدد يفسره الواحد المنصوب تام صحته الظاهر لان اقل عدد يفسره الواحد المنصوب انما هو احد عشر دون عشرين فكان مراده انه اقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما مر بمعنى غيره ان لم يكن لفظه مساعدا له قال المص رح (ولو ثلث كذا بغير واو) اي لو ذكر لفظة كذا ثلث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما (فاحد عشر) اي فالذي يلزمه احد عشر درهما لا غير (لانه لا نظير له سواه) اي لا نظير له في الاعداد الصريحة سوى احد عشر يعني سوى ما كان امثلة احد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلثة على احد عشر لكونها نظيري عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف فقيل ذلك احد عشر ويحمل الواحد منها على التكرير والتاكيد ضرورة عدم الثلثة اعداد مجتمعة وذكرت بلا عاطف كذا قالوا (وان ثلث بالواو) ان قال كذا وكذا وكذا (فمائة واحد وعشرون) اي فالذي يلزمه هذا المقدار (وان ربع) بان قال كذا وكذا وكذا وكذا (يزاد عليها) اي على مائة واحد وعشرين (الف) فيلزمه الف ومائة واحد وعشرون (لان ذلك نظيره) اي لان العدد الذي ذكرناه يلزم في صورتي التثليث والتربيع نظير لما ذكره المقر في تلك الصورتين اي اقل ما كان نظيرا له فيتعين كونه قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل في صورة التثليث وتاخيره الى هنا ويحتمل ان يكون ذلك تعليل القرينة اعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره في غيرها كما يشعر به تحرير صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذلك نظيره انتهى قال الامام الزيلعي في التبيين ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس تزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو يزيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب واما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روي عن محمد رح لانه ذكر عددا مبهما واحدا وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد نصح يستقيم كذا وذكر الدرهم عقيبه بالخفض واقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدراهم عقيبهما بالخفض واقل ذلك من العدد المصرح ثلثمائة لان ثلثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي رح في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا اقر ان لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه لو افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد احد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا

اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في العناية لا يقال ينبغي ان يصدق فيما بين الثلثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا في غاية البيان اقول يبقى ههنا شئ وهو ان كون العشرة اقصى ما ينتهي اسم الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا لا عند انفراده عنه فانه يجوز ان يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف في اللغة ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة لان جمع الكثرة اقله عشرة اقول ليس ذلك بصحيح اما اولا فلان جمع الكثرة اقله احد عشرة لا عشرة على ما تقرر في علم النحو قال الفاضل الرضي قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقليل من الثلثة الى العشرة والحدان داخلان وبالكثير ما فوق العشرة انتهى واما ثانيا فلانه لو كانت علة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كون اقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق ايضا عنده في اقل من عشرة فيما اذا قال له علي دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع انه يصدق هناك في ثلثة بالاتفاق كما سياتي والاولى في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال ولابي حنيفة رح ان الكثرة من حيث الحكم غير مذكور ايضا وانما ثبت ضرورة ان لا تصغر منه الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر وما ثبت بمقتضى صحة الغير يثبت ادنى ما يصح به الغير وادنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي انه كان لا يقطع في الشئ التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى قال الشيخ ابو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة رح بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم ان قوله دراهم كثيرة ليفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يضمن عددا فوجب ان يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكوة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهي ثلثة) هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي دراهم وجب عليه ثلثة دراهم بالاتفاق قال المص رح في تعليله (لانها اقل الجمع الصحيح) يعني ان الدراهم جمع واقل الجمع الصحيح ثلثة فيلزمه ثلثة لكونه متيقنا فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانه اقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه ان الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى وان كان صفة لاقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لانه ادنى الجمع المتيقن عليه وقول صاحب العناية لانه اقل الجمع الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه ان كون اقل الجمع ثلثة انما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة فان اقل جمع الكثرة احد عشر كما مر بيانه آنفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو ان جميع امثلة الجمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة الاربعة المعروفة وهي افعل وافعال وافعلة وفعلة عند الكل وسوى فعلة كاكلة عند الفراء وسوى افعلا كاصدقا في نقل التبريزي ولفظ الدراهم ليس من احد هاتيك الامثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم اقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين من اختيار الشق الثاني من الترديد الاول ان الفاضل الرضي صرح بان كل جمع تكسير للرباعي الاصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك ان الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان اقله المتيقن هو الثلثة فتم المطلوب والثاني ان المحقق التفتازاني قال في التلويح في اوائل مباحث اللفظ العام بصدد تحقيق ما ذهب اليه اكثر الصحابة والفقهاء وائمة اللغة من ان اقل الجمع ثلثة واعلم انهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمع القلة وجمع الكثرة فدل بظاهره على ان التفرقة بينهما انما هي في جانب الزيادة يعني ان جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص لانه مختص بما فوق العشرة وهذا اوفق بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من الثقات انتهى كلامه فيجوز ان يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الاوفق بالاستعمالات وتقريرات اهل الاصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر (الا ان يبين اكثر منها) هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره يعني الا ان يبين



او وزنها كان عليه احد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس ان يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك ادى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم اقل مالية من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى هنا كلامه (قال) اي قال محمد رح في الاصل (وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين) لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير وانما ذكرها في الاصل اما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له علي فما اشار اليه المصنف رح بقوله (لان علي صيغة ايجاب) تقريره ان علي كلمة خاصة للاخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا في ذمته لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه كذا في النهاية وتقرير آخر ان الدين وان لم يذكر صريحا في قوله له علي فقد ذكر اقتضاء لان كلمة علي يستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الامام المحبوبي واما وجه كونه مقرا بالدين في قوله قبلي فما اشار اليه بقوله (وقبلي ينبئ عن الضمان) لان هذا عبارة عن اللزوم الا يرى ان الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وان الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للمال كذا في النهاية نقلا عن المبسوط (على ما مر في الكفالة) من انه تنعقد الكفالة بقوله انا قبيل لان القبيل هو الكفيل اقول ههنا نظر وهو ان كون القبيل بمعنى الكفيل وتضمنه معنى الضمان لا يقتضي كون قبلي منبئا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل ولم يذكر في كتب اللغة مجئ الاولى بمعنى الثانية قط بل الذي ذكره ائمة اللغة في كتبهم ان قبل فلان بمعنى عنده وان قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وانه يجئ قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رايته قبلا اي مقابلة وعيانا قال الله تعالى او ياتيهم العذاب قبلا اي عيانا وفي قبل فلان حق اي عنده ومالي به قبل اي طاقة واما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل ان كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في هاتيك المسئلة فتامل (ولو قال المقر في قوله علي او قبلي (هو وديعة ووصل) اي وصل قوله علي او قبلي بقوله هو وديعة (صدق لان اللفظ يحتمله) اي يحتمل ما قاله (مجازا) اي من حيث المجاز (حيث يكون المضمون حفظه) اي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة (والمال محله) اي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة واراد الحال وهو حفظه فجاز مجازا كما في قولهم نهر جار ولكنه تغيير عن وضعه (فيصدق موصولا لا مفصولا) لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء (قال) اي قال المصنف رضي الله عنه (وفي نسخ المختصر) يعني مختصر القدوري (في قوله قبلي) اي وقع في قول المقر قبلي (انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما) اي ينتظم الدين والامانة (حتى صار قوله) اي قول القائل (لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا) نص عليه محمد رح في الاصل حيث قال اذا قال لا حق لي على فلان برئ فلان مما هو مضمون عليه وان قال لا حق عنده فهو برئ مما اصله الامانة وان قال لا حق لي قبل فلان برئ مما عليه وما عنده لان ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى (والامانة اقلهما) هذا تتمة الدليل يعني ان الامانة اقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف رح (والاول اصح) اي ما ذكر في الاصل هو الاصح قال في الكافي والاول مذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه احرى واجدر وقال في معراج الدراية والاول وهو انه اقرار بالدين اصح ذكره في المبسوط وعلل بان استعماله في الدين اغلب واكثر فكان الحمل عليه اولى انتهى اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لا حق لي قبل فلان فانه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك ايضا ثم اقول يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين المسئلتين بان احدهما صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شئ واحد حمل على ما هو الارجح منهما في هذه الصورة واما الاخرى فصورة

النفي ولما تنافيه جمع نفي الدين ونفي الامانة عن شئ حمل على نفيهما معاني تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ماذكره المصنف رح في باب الوصية للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى كلامه واعلم انه كان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولا ماذكره القدوري ثم يذكر ماذكر في الاصل لان الهداية شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري والزوائد عليها مذكورة على سبيل التفريع الا ان المص رح لما راى الكلام المذكور في الاصل هو الاصح قدمه في الذكر ولهذا لم يذكر في البداية غير ماذكر في الاصل (**ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده**) وهذه كلها من مسائل الاصل قال المص رح في تعليلها (**لان كل ذلك اقرار بكون الشئ في يده**) لا في ذمته (**وذلك**) اي ماكان في يده (**يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما**) وهو الامانة توضيحه ان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان يكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فحمل عليها للتيقن بها وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداها للمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين باستعماله كونه في هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة يستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف كذا في التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين ووديعة او وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع ان الامانة اقلهما قلت تنوع اللفظ الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفي تلك المسئلة من لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما في الاقرار ترجح الدين كذا في المبسوط قال في النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط وهذا المعنى وهو ان استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق والمعنى الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق والاستعارة انما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى ما هو الاعلى المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على الادنى المتيقن لثبوته يقينا انتهى (**ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار**) هذا كله لفظ القدوري في مختصره يعني ان ماذكره المجيب في هذه الصورة كلها يكون اقرارا بالمدعى لان ماخرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا وكانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاول والثاني بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى واليه اشار المص رح بقوله (**لان الهاء في الاول والثاني**) اي في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها (**كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال**) في الاول (**اتزن الالف التي لك علي**) وفي الثاني انتقد الالف التي لك علي فصار كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد خرج مخرج الجواب (**حتى لو لم يذكر حرف الكناية**) يعني الهاء (**لا يكون**) كلامه (**اقرارا**) بالمدعى (**لعدم انصرافه**) اي لعدم انصراف كلامه (**الى المذكور**) اي الى المذكور في الدعوى لكونه مستقلا بنفسه وكانه قال اقعد وزانا للناس او نقادا لهم دراهمهم او اكتسب المال ولا تؤذني بالدعوى الباطلة (**والتاجيل انما يكون في حق واجب**) هذا اشارة الى تعليل كون قوله اجلني بها اقرارا يعني ان التاجيل انما يكون في حق واجب لانه للترفيه فاقتضى ذلك ان يكون طلب التاجيل اقرارا بحق واجب (**والقضاء يتلو الوجوب**) اي يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعني ان القضاء يقتضي سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها (**ودعوى الابراء**) بان قال ابراتني منها (**كالقضاء**) اي كدعوى القضاء (**لما بينا**) اشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعني ان الابراء ايضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون في مال واجب عليه كذا في الكافي اقول ههنا اشكال وهو انه

لما



قد اطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الاقرار على ان قول المدعى عليه بالالف للمدعي قد قضيتكها او ابراتني منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا في تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا في كتاب الدعوى في اكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية ان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعي ليس لك علي شئ قط او ما كان لك علي شئ قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعي او ادعى ابراء المدعي اياه من تلك الالف واقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند اصحابنا سوى زفر رح وقالوا في تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المص رح هناك الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى ولم يعتبروا قول زفر رح هناك القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين في المقامين تدافع كما لا يخفى فتدبر (**وكذا دعوى الصدقة والهبة**) يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان ذلك ايضا اقرارا (**لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب**) يعني ان الصدقة والهبة من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى (**وكذا لو قال احلتك بها على فلان**) اي كان هذا القول منه ايضا اقرارا (**لانه تحويل الدين**) من ذمة الى ذمة وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا اقضيكها اليوم او لا ازنها لك اليوم لانه نفى القضاء والوزن في وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه فاما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تاكيد نفي القضاء باليمين لانه في نفسه منتف كذا في المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فاومى براسه نعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره كذا في الكافي وغيره (**قال**) اي القدوري في مختصره (**ومن اقر بدين موجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا**) هذا عندنا وقال الشافعي رح لزمه الدين موجلا (**لانه**) اقر بمال موصوف بانه موجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذي اقر به وهذا ليس بشئ لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولكنه موخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف رح في تعليل قول اصحابنا لانه اي لان المقر بدين موجل (**اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه**) اي في ذلك المال فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى (**فصار**) اي فصار المقر في هذه الصورة (**كما اذا اقر**) لغيره (**بعبد في يده**) اي بعبد كائن في يده بانه ملك ذلك الغير (**وادعى الاجارة**) اي ادعى انه استاجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقر له في الملك دون الاجارة فانه لا يصدق هناك في دعوى الاجارة فكذا ههنا في دعوى الاجل (**بخلاف الاقرار بالدراهم السود**) اي بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض (**لانه**) اي لان السواد (**صفة فيه**) اي في الدراهم اذ فيما اقر به فيلزمه ما اقر به على الصفة التي اقر بها واما الاجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط والقول للمنكر العارض وقد اشار اليه بقوله (**وقد مرت المسئلة في الكفالة**) فانه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وقال وجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان موجلا على الاصيل انتهى (**قال**) اي القدوري في مختصره (**ويستحلف المقر له**) اي يستحلف المقر له في مسئلتنا هذه (**على الاجل**) اي على انكار الاجل لانه منكر حقا عليه فان المقر يدعي عليه التاجيل وهو منكر ذلك (**واليمين على المنكر**)

بالحديث المشهور قال في النهاية وفي الذخيرة في الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من اقر لرجل ثم انكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم اقام الطالب بينة على اقراره قضى له بالمقر به (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان او مائة وثلثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال في فتاواه ولو قال له على الف ودرهم او على الف ودرهمان او الف وثلثة دراهم كان الكل دراهم انتهى (ولو قال مائة وثوب) اي لو قال له على مائة وثوب (لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه) اي الى المقر قال المص ره (وهو القياس في الاول) يعني ان لزوم درهم واحد والرجوع في تفسير المائة الى المقر هو القياس في الفصل الاول ايضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره (وبه قال الشافعي رح) اي وبالقياس اخذ الشافعي رح في هذا الفصل ايضا (لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها) اي على المائة (بالواو العاطفة لا تفسير لها) لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه (فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني) وهو قوله له على مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين واخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له على مائة درهم او مائة ودينار او مائة وقفيز حنطة او مائة ومن زعفران قال المص ره (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين الفصلين (انهم) اي ان الناس (استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره) اي بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) الا يرى انهم يقولون احد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل (وهذا) اي استثقالهم (فيما يكثر استعماله) اي كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك اي كثرة الوجوب بكثرة الاسباب في الدراهم والمكيل والموزون يعني فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى اما الثياب ومالا يكال ومالا يوزن لا يكثر وجوبها فان الثياب لا تثبت في الذمة دينا الا في السلم والشاة ونحوها لا تثبت دينا في الذمة اصلا فبقي اي بقي هذا القسم على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل الا ان المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير لا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا اقول في تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المص ره نظرا اما اولا فلان اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه اذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب احد العددين بل انما ذكر عقيب عدد واحد وهو المائة واما ثانيا فلانهم اكتفوا بذكر مثل الثوب ايضا عقيب العددين الا يرى الى ما سيأتي انه اذا قال مائة وثلثة اثواب يكون الكل اثوابا لانصراف التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن ان يتمحل في الجواب بان يقال مراد المصنف رح انهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة في بعض الاعداد ومال الاختصار الا يرى انهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد كذلك اكتفوا به في عدد واحد ايضا فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه فنعم الاولى ههنا ان يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدراهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله (وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب) ودورانه في الكلام وذا فيما يثبت في الذمة كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب (ومالا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها) وثبوتها في الذمة (فبقي على الحقيقة) قال في النهاية وروي عن ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة تتحقق في اعدادها المجانسة فيكون ان يجعل المفسر منه تفسير المبهم انتهى وتوافقه ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل لفلان على الف ومد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يقرفي الاول باشاة ولو قال الف وشاة او الف وبعير او الف ...



ثوب او الف وفرس في ثيابه والغنم والبقرة ولا يشبه هذا بني آدم اي هنا كلامه وقال الامام الزيلعي رح في التبيين بعد نقل رواية عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم وانما لا يقسمون عند ابي حنيفة رحمه الله انتهى فتأمل قال المصنف رح (وكذا اذا قال مائة وثوبان) اي يرجع في بيان المائة الى المقر (لما بينا) من ان الثياب ومالا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها (بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب) حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق (لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى تدل على المغايرة (فانصرف اليهما) اي فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا (لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها) اي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين (ثيابا) لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد كذا في الكافي والشروح (قال) اي القدوري في مختصره (ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما يسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهو زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب الجمهرة اما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روي افلح من كانت له قوصرة ياكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري ما صحة هذا البيت كذا في غاية البيان قال المصنف ره (وفسره في الاصل) اي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط (بقوله) اي بقول المقر (غصبت تمرا في قوصرة ووجهه) اي وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا (ان القوصرة وعاء له) اي للتمر (وظرف له) اي للتمر (وغصب الشيء وهو مظروف) اي والحال انه مظروف (لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه) اي فيلزم التمر والقوصرة المقر (وكذا الطعام في السفينة) اي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام في السفينة (والحنطة في الجوالق) اي وفيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له يراه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو قولك غصبت درهما في درهم لم يلزم الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما اقر بغصبه اولا الى آخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح اقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا اقر بدابة في اصطبل فان اللازم للمقر هناك هو الدابة خاصة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما سيأتي مع انه لا ريب في ان الثاني فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن ان يقال ان ذلك من باب التخلف لمانع وقيد عدم المنع في الاحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها اول كتاب الوكالة (بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة) يعني ان الحكم المذكور في كلمة في واما الحكم في كلمة من بخلافه (لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع) يعني ان كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان ابتداء الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان ووجهه ان كلمة من يستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازما لها ان معناه ان من موضوعة للانتزاع انتهى اقول الحق في توجيه كلام المصنف رح ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الاخرى لان كلمة من في قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا يحتمل معنى التبعيض اذ لا يصلح ان يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول واما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من بمعنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك القول يحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حمار وكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور البيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح (قال) اي القدوري في مختصره (ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة) انما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا ان

اللزوم على قول ابى حنيفة رح وابى يوسف رح في الدابة خاصة واليه اشار المص رح بقوله (لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابى حنيفة وابى يوسف رح) ولان الغصب الموجب للضمان لايكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما (وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما) اى يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الاقرار (ومثله الطعام في البيت) اى ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل الاقرار بالطعام في البيت قال في المبسوط ولو قال غصبت منك طعاما في بيت كان هو بمنزلة قوله في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرار بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول ابى حنيفة رح وابى يوسف لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم احول الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لانه اقر بغصب تام وفي الطعام تحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم انقله راجعا عما اقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفي قول محمد رح هو ضامن للبيت ايضا الى هنا لفظ المبسوط (قال) اى القدوري في مختصره (ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) قال المص رح في تعليله (لان اسم الخاتم يشمل الكل) اى يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسميته فاذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا بالاقرار بالخاتم (ومن اقر له) اى لغيره (بسيف فله النصل) وهو حديدة السيف (والجفن) وهو الغمد (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف (لان الاسم) يعني اسم السيف (ينطوي) اى يشتمل (على الكل ومن اقر بحجلة) الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهي بيت يزين بالثياب والاسرة والستور كذا في الصحاح (فله) اى فللمقر له (العيدان) برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود (والكسوة) اى وله الكسوة ايضا (لاطلاق الاسم) اى اسم الحجلة (على الكل عرفا) فله الكل عرفا وكذا لو اقر بدار او ارض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى ان المقر لو اقام بينته بعد ذلك على ان البناء والاشجار له لم يصدق ولم يقبل بينته وكذا لو اقام المقر بالخاتم بينته على ان الفص له لم يقبل بينته واما اذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك او هذا السيف لي وحليته لك او هذه الحجلة لي وبطانتها لك وقال المقر له الكل فالقول للمقر فبعد ذلك ينظران لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فواجب على المقران يعطيه قيمته ما اقر به كذا في الذخيرة (وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه) اى المنديل (ظرف لان الثوب يلف فيه) وقد اقر بغصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف (وكذا لو قال على ثوب في ثوب) لزماه (لانه ظرف) اى لان الثوب الثاني ظرف للثوب الاول فيلزمه الثوبان جميعا (بخلاف قوله درهم في درهم) اى بخلاف ما لو قال على درهم في درهم (حيث يلزمه واحد) اى درهم واحد (لانه) اى لان قوله في درهم (ضرب) اى ضرب حساب (لا ظرف) كما لا يخفى (وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابى يوسف رح) وفي الكافي وهو قول ابى حنيفة رحمه الله وفي التبيين وهو قول ابى حنيفة رح اولا (وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف) يعني ان كلمة في حقيقة في الظرف وقد امكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته في عشرة اثواب فلا يصار الى المجاز قيل هو منقوض على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عند محمد رح في هذه الصورة ايضا مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة كذا في الشروح قال في النهاية واليه اشار في المبسوط (ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك) في ان المراد بحرف في ههنا معنى الظرف او معنى البين وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد (والاصل براءة الذمم) لانها خلقت برية عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد (على ان كل ثوب موعى ليس بوعاء



فتعذر) يعني ان مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى باحوله فانه اذا لف ثوب في اثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ولا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فانه وعاء وليس بموعى فلفظه كل ههنا لمجرد التكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائرها فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في (حمله على الظرف) في قوله ثوب في عشرة اثواب (فتعين الاول) اى المعنى الاول الذي هو البين محملا لكلمة في قوله المزبور فكانه قال على ثوب بين عشرة اثواب ولم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح في حل هذا المقام فاذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية ان يقال وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في معنى البين انتهى اقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح اذ لا يساعده كلام المصنف رح جعل آخر كلام المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على ان الآخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور اولا فاذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام اذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما امكن ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية فان قوله وتعين اول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على انه حمل الاول في قول المص رح فتعين الاول محملا على اول كلام المقر وهذا مع كونه مما يابى عنه جدا قيد محملا ينافيه تفسيره بقوله يعني ان يكون في معنى البين لان الكون في معنى البين انما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب دون اول كلامه وهو قوله على ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين اصلا واعلم ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قد اشتبه علي في هذه المسائل كلها ان المراد في هذه المسائل كلها ان المظروف معين مشار اليه ام يستوي المعين والمنكر في ذلك الى ان ظفرت لرواية بحمد الله تعالى ومنه انه يستوي فيه المعرف والمنكر ويرجع في بيان المنكر اليه وهو ما قال في المحيط ولو قال غصبتك ثوبا في منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه ولو قال درهما في درهم او درهما في طعام لم يلزمه الا درهم والاصل في هذه المسائل ان في متى دخلت على ما يصلح ظرفا ويجعل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا فغصب الاول دون غيره الى هنا كلامه (ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله (لان الضرب لا يكثر المال) يعني ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزنا وان جعل الف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط على ان حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في للظرف حقيقة والدراهم لا يكون ظرفا للدراهم واستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اى مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اى على جذوع النخل وليس احدهما اولى من الآخر فلزمه خمسة باول كلامه ولغا آخره كذا في المبسوط وغيره (وقال الحسن) يعني الحسن بن زياد صاحب ابى حنيفة رح (يلزمه خمسة وعشرون) لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند اهل الحساب وقد مر جوابه ايضا قال المصنف رح (وقد ذكرناه في الطلاق) اى في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق ولم يذكر المصنف رح هذه المسألة ثمه صريحا بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر رح فيما لو قال انت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فعندنا لا يقع ثنتان وعنده يقع ثلث وانما ذكر مسئلة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شرح الجامع الصغير كذا في غاية البيان (ولو قال اردت خمسة مع خمسة) اى لو قال المقر اردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة (لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله) قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة ايضا لانه استعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف رح في باب ايقاع الطلاق انه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان في ياتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد في معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة

ان حكمه ايضا كحكم في حتى لو قال لفلان علي عشرة في عشرة ثم قال عنيت به علي عشرة او قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا (ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان) اي الابتداء والانتهاء (وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان) قال في النهاية وهو القياس ما قاله زفر رح فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وابو يوسف رح ومحمد رح قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فاما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما فيما ليس بواجب فلا يتصور ان يكون حدا لما هو واجب وابو حنيفة رحمه الله يقول الاصل ما قاله زفر رح من ان الحد غير المحدود ولكن ما لا يقوم بنفسه حد ذكرا وان لم يكن واجبا الا ان الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول لان الكلام يستدعي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من ان يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة رح في الغاية الاولى استحسان وما قاله زفر رح فيها قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده (ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله) اي للمقر له (ما بينهما) اي ما بين الحائطين (وليس له من الحائطين شيء) اي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف رح (وقد مرت الدلائل) اي دلائل هذه المسائل (في الطلاق) اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط ذكرا في الشروح (ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم) فهو لا يخلو عن ثلثة اوجه لانه اما ان يبين سببا او لا يبين سببا فاما ان يكون ذلك السبب صالحا او غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله (فان قال اوصى) اي بالالف (له) اي للحمل وهو الجنين (فلان) او قال (مات ابوه) اي ابو الحمل (فورثه) اي ورث الحمل الالف ضمير الالف اولا باعتبار الدرهم وذكره ثانيا لكون الالف مذكرا في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار الدراهم جاز انتهى (فالاقرار) في هذا الوجه (صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له) اي للحمل يعني انه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عايناه حكمنا بوجوب المال عليه وكذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من اهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذب ما اقر به وكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال لان الجنين اهل لان يستحق المال بالارث او الوصية (ثم اذا) وجد السبب فلا بد من وجود المقر له عنده (فان جاءت) اي فلانة (به حيا) اي بالولد (في مدة يعلم انه) اي الولد (كان قائما) اي موجودا (وقت الاقرار لزمه) اي لزم المقر ما اقر به والعلم بان الولد كان موجودا وقت الاقرار بطريقين احدهما حقيقي والآخر حكمي فالحقيقي ما اذا وضعته لاقل من ستة اشهر والحكمي ما اذا وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت المرأة معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن واما اذا لم يكن معتدة وجاءت به لاكثر من ستة اشهر فلم يستحق شيئا كذا قالوا ثم ان الشراح افترقوا ههنا في تعيين اول مدة يعلم بها ان الولد كان موجودا وقتئذ فمنهم من ذهب الى انه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة ايضا في شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى انه من وقت موت الموصي او المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة اشهر مذ مات المورث والموصي كما قاله صاحب الكافي وذكر في المبسوط ايضا اقول القول الاول وان كان اوفق بالشرح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الاقرار الا ان القول الثاني هو الموافق للتحقيق وهو ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الاقرار وان يقتضي



ذلك ان يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما يتحقق وقت موت الموصي او المورث فلا بد ان يعتبر اول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصي او المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد في مدة هي اقل من ستة اشهر من وقت الاقرار واكثر من سنتين من وقت الموصي او المورث في غير المعتدة فالظاهر انه لا يلزم المقر للحمل شيء اما اذا جاءت به لاكثر من سنتين من وقت موت الموصي او المورث فلانه تبين حينئذ ان الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن اهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك في الحال واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر الى سنتين من وقت موت الموصي او المورث في غير المعتدة فلانه لا يتبين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شيء وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سياتي لكن بقي ههنا شيء على القول الثاني ايضا وهو انه اذا تحصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي وذلك بان وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت معتدة قالوا الحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي ولا يخفى ان الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من سنتين ووقت الفراق اقل منهما فان قيل اعتبر اول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث او الموصي ففي الطريق الحكمي ايضا كذلك فلا يتصور حينئذ ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من سنتين والا لا يكون طريق العلم بذلك اصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب راسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان لا يكون وقت موت الموصي اقل من سنتين ووقت الفراق اكثر منها فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتامل (وان جاءت به) اي ان جاءت فلانة بالولد (ميتا فالمال للموصي) فيما اذا قال اوصى به له فلان (والمورث) فيما اذا قال مات ابوه فورثه (حتى يقسم بين ورثته) اي يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصي والمورث (لانه) اي لان ما قاله (اقرار في الحقيقة لهما) اي للموصي والمورث (وانما ينتقل منهما الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) اليه ههنا لانه مات قبل الولادة (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما) نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا اذا لم يكونا من اولاد ام الميت لما صرحوا من ان ذكورهم واناثهم في الاستحقاق والقسمة سواء اقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر مات ابوه فورثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم واما بالنظر الى مطلق الارث فلا بد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذي ذكر بقوله (ولو قال المقر باعني او اقرضني) اي باعني الحمل او اقرضني (لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا) اي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى تقام تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء فان قيل فهذا يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن ان الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا كذا في المبسوط واكثر الشروح (قال) في العناية اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ او يد فلان صحيحة انتهى اقول فيه بحث لانه ان ظهر كذبه فانما ظهر في بيان

السبب الغير الصالح لا في اصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن اصل اقراره الواقع في اول كلامه
بجواز ان يكون علة فاني اصل اقراره بان يكون له سبب صالح في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله
قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هناك في اصل اقراره بيقين فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره فان قلت كما ان
البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك لو اقر بان عليه الف درهم لهذا الصبي الرضيع
بسبب البيع والاقراض او الاجارة فانه صحيح يؤاخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من اهل ان يستحق الدين بهذا السبب
بتجارة وليه وكذلك الاقراض. وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي او الاب باذن القاضي وان تصور ذلك
من نائبه جاز من المقر اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا في النهاية وغيرها وان لم يبين سببا اصلا
وهو المراد بقوله (وان ابهم الاقرار لم يصح) اي الاقرار عند ابي يوسف رح وقيل ابو حنيفة رح معه وبه قال الشافعي رح في
قول (وقال محمد رح يصح) وبه قال الشافعي رح في الاصح ومالك واحمد رح (لان الاقرار من الحجج الشرعية فيجب اعماله
ما امكن وذلك اذا صدر من اهله مضافا الى محله (وقد امكن) اعماله ههنا اذ لا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض والمكن اضافته
الى محله (بالحمل على السبب الصالح) وهو الميراث او الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان
اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان تصحيحا لكلام العاقل (ولابي يوسف رح ان الاقرار
مطلقه) اي مطلق الاقرار (ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين) في
الشركة (عليه) اي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون في حال رقه و
الشريك الآخر في الحال يعني لا اقرار بدين المهر وارش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر ابدا كذا في المبسوط (فيصير)
اي فيصير المقر فيما اذا ابهم بدلالة العرف (كما اذا صرح به) اي بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا ابهم قال في النهاية ولابي يوسف رح حيلة
احدهما ما ذكر في الكتاب والثاني ما ذكره في الذخيرة فقال ان هذا اقرار صدر من اهله لا اهله وقد احتمل الجواز والفساد وكما قال محمد رح الا ان حمله على الجواز
متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد ونظيره
ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن باعه المشتري مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان بيع
في الذي اشترى من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يصرف اليه مثل الثمن او اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الآخر
فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد وهذا بخلاف العبد المأذون اذا اقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة وللفساد جهات وهذا بخلاف
ما لو بين سببا مستقيما لوجوب المال للجنين وصية او ميراثا كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهي ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه اقول
الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه اما اولا فلانا لا نسلم ان كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما
وعدم تعين واحد منهما في صورة ابهام الاقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه
ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصية واحد منهما الا يرى ان جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها
جهالة سبب المقر به غاية الامر ان يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقر به المجهول فمن اين
يلزم الحكم بالفساد واما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك علي الف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين صحيح
بلا خلاف مع انه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر او خنزير او دم او ميتة ولا شك ان لجواز الدين اسبابا كثيرة
متعذرة الاجتماع ليس احدها اولى من الآخر واما ثالثا فلان النظير المذكور فيه ليس بتام لان الجهالة في مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد



آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان يصرف اليه مثل الثمن
الاول وبان يصرف اليه اكثر من الثمن الاول ولم يتعين احد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع
مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الاقرار كما حققته على ان تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام ايضا لانه ينتقض بصحة بيع
عبد آخر له فان لجواز بيعه ايضا وجهين بان يصرف اليه ما بقي من مثل الثمن الاول للعبد المشتري من البائع او ما بقي من اكثر منه فانه اذا
صرف الى احد العبدين شيء من الثمن المسمى فانما يكون الباقي منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز في احدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر ايضا مع ان
بيع عبد آخر في المسئلة المزبورة ليس بفاسد اجماعا وينتقض ايضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما اذا باع العبد المشتري بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع
بالف وخمسمائة فان التعليل المذكور يجري في هذه الصورة ايضا بعينه بل مع زيادة لانه يجوز ان يصرف الى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة اقل من الثمن الاول
بخلاف الصورة الاولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة
الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شيء من مادتي النقض فتامل وراجع محلها (قال) اي القدوري في مختصره (ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة
لرجل صح اقراره ولزمه) اي لزم المقر ما اقر به (لان له) اي للاقرار (وجها صحيحا وهو الوصية به) اي بالحمل (من جهة غيره)
اي غير المقر بان اوصى بحمل مالك الجارية او مالك الشاة لرجل ومات فاقر وارثه وهو عالم بوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان واذا صح ذلك
الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله (فحمل عليه) قال الشراح ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في
الحامل اقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وسيأتي المسئلة بعينها في كتاب الوصايا
من هذا الكتاب فحينئذ يجوز ان يوصي مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت فاذن يصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فلو
اقر الموصى له بعد ان قبض الحامل باستحقاقه اياها بان حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه
لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل تامل جدا فان ما ذكرته وجه حسن
دقيق لم تتنبه له الجمهور ثم اقول يشكل بهذه المسئلة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط من قبل ابي يوسف رحمه الله في المسئلة الاولى
في صورة ابهام الاقرار فان مطلق الاقرار لم يصرف ههنا الى الاقرار بسبب التجارة بان بيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من سبب لغير الصالح
في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكر في ذلك الوجه من ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار
بسبب التجارة فيصير كما اذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لابي يوسف رح بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى فقال
صاحب الغاية والفرق لابي يوسف رح بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار بالحمل اذا ابهم الاقرار ان
هنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث والوصية والى ذلك اشار محمد رح في الاصل لابي يوسف رح
قال ارأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما اثلاثا باعتبار الميراث ام نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى ان جواز الاقرار متعذر
لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى وقال صاحب النهاية وقد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعددة لا تحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز
ولم تكن احديها في الحمل عليها باولى من الآخر واما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما في هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية
في حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام لشيوع حقه في جميع التركة واما الوصية بحمل جارية
او بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة الجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رح في صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان
وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل بما ذكرنا ان هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احدهما اولى من الآخر فبقي على
البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية ايضا اقول مدار ما ذكروه من الفرق على حرفين احدهما ان تعدد جهة الجواز ههنا في الحمل على

الجواز وثانيهما ان جهة الجواز في هذه المسئلة منحصرة في الوصية وقد عرفت ما في كل واحد منهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفا (قال) اي القدوري في مختصره (ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط) يعني ومن اقر رجل بشئ على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام صح الاقرار وبطل الشرط اما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المص ره بقوله (لان الخيار للفسخ) اي لاجل الفسخ (والاخبار لا يحتمله) اي لا يحتمل الفسخ يعني ان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره اولم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما يؤثر اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه واما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر به كما اشار اليه بقوله (ولزمه المال) اي ولزم المقر المال الذي اقر به فلما ذكره بقوله (لوجود الصيغة الملتزمة) وهي قوله علي ونحو ذلك (ولم ينعدم) اي اللزوم وقيل اي الاخبار (بهذا الشرط الباطل) يعني شرط الخيار اذ لا تاثير للباطل ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا لغا بقي حكم الاقرار وهو اللزوم كما ان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا في المبسوط وغيره قال في المحيط البرهاني هذا اذا اقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان علي الف درهم من قرض او غصب بعينه او استهلك او وديعة بعينها او استهلكتها على اني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب الا ان اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا او غصبا بعينه او وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن بيع على اني المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل في جانب المقر انما ذكره في جانب المقر له ولا شك ان المقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لانه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد انكر البائع الخيار ولا شك انه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لان هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشرى واشتراط الخيار في الشرى يستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هناك الخيار مشروط في الاقرار واشتراط الخيار في الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له في الخيار فاراد هو ان يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل قالوا ويجب ان لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتب على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر ههنا لم تصح لمكان المناقضة الى ههنا لفظ المحيط

## باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالشرط ونحوه لان الاصل عدم التغيير (قال) اي القدوري في مختصره (ومن استثنى متصلا باقراره) اي موصولا باقراره لا مفصولا عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقي) اي لزم المقر الباقي بعد الثنيا (لان الاستثناء مع الجملة) اي مع صدر الكلام (عبارة عن الباقي) فان معنى قوله علي عشرة الا واحدا يعني علي تسعة لما عرف في الاصول (ولكن لا بد من الاتصال) لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل هذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التاخير وقد عرفت ذلك ايضا في الاصول (وسواء استثنى الاقل) اي الاقل من الباقي كما في قوله لفلان علي الف الا اربعمائة (او الاكثر) منه كما في قوله لفلان علي الف الا ستمائة يعني لا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وفي العناية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وفي معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل وعن احمد رح مثله انتهى وفي الكافي عن ابي يوسف رح وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال واما اذا قال لفلان علي الف الا ستمائة



وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول ابي يوسف رح على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى اكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه اقول في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال في تفسيرها نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم اقل من نصف الليل ثم قال وان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر اما على الوجه الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه اكثر من الباقي نعم يعلم حينئذ انه اقل من النصف لكن يجوز ان يكون ذلك اقل من الباقي ايضا واما على الوجه الثاني فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر فالاظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح وهو ان طريق صحة الاستثناء بان يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق في ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم الا يرى ان استثناء الكسور لم يتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان علي عشرة دراهم الا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روي عن ابي يوسف ره انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن ائمة اللغة ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا ان هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند اهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح انتهى ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من اصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين اكثر بدليل قوله تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين (فان استثنى الجميع) اي الكل بان قال لفلان علي الف درهم الا الف درهم (لزمه الاقرار) اي لزم المقر جميع ما اقر به (وبطل الاستثناء) اي بطل ما ذكره في صورة الاستثناء (لانه) اي لان الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) اي بالباقي بعد الثنيا (ولا حاصل بعده) اي ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء (فيكون رجوعا) اي فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا محالة لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لاول كلامه والابطال ليس من البيان في شئ كذا في المبسوط وغيره قال في غاية البيان وكذلك اذا استثنى اكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف وزيادة اولى قال المصنف رح (وقد مر الوجه في الطلاق) اي في فصل الاستثناء في كتاب الطلاق اعلم ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه واما اذا كان المستثنى من خلاف جنس لفظ المستثنى منه صح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائي طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا هؤلاء لا يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن وكذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا كلهم ولو قال عبيدي احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي الا الف درهم ومائة وثلث ماله الف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا في شرح الطحاوي ولقد افصح المصنف رح عن هذا في الباب الاول من ايمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل

انما لا يصح الا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء
ولو قال عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو الاستثناء تصرف لفظي فيبتنى
على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا يرى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست طلقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت
الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء
تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام او للتكلم بالحاصل
بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ ويتصور ان يدخل في ملكه غير هذه الجواري او العبيد واذا كان
كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم
يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية ايضا ولكن تغير اسلوب
تحريره اقول التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المص ره في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج
بعض ما تناوله صدر الكلام او للتكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول اخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم واما
عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي كذا الا حلائلي او الا ازواجي او كونه اعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق الا اناسي فلا يتمشى ذلك
قطعا وقول المصنف ره في الزيادات اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح يتناول ما كان مساويا له وما كان اعم منه ايضا لان كل واحد منهما
غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي ان يصح الاستثناء فيهما ايضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به قال في التوضيح بعد ان قال الاستثناء المستغرق
باطل واصحابنا قيدوه بلفظه او بما يساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي او الا مماليكي لكن ان استثنى بلفظ يكون اخص منه في المفهوم لكن في
الوجود يساويه يصح نحو عبيدي احرار الا هؤلاء وما عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في اصوله بعد ان قال الاستثناء المستغرق باطل
بالاتفاق وقال مشائخنا هذا اذا كان بلفظه نحو نسائي طوالق الا نسائي او بما يساويه نحو نسائي طوالق الا حلائلي او باعم منه وان استثنى
بلفظ يكون اخص منه في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب وهند وبكرة وعمرة او الا هؤلاء ولا نساء له سواهن
حتى لا يطلق واحدة منهن انتهى كلامه وقد ذكرنا فيما مر نقلا عن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى اكثر من المستثنى منه اي اعم منه
(ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز) هذا لفظ القدوري في مختصره
يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار او قيمة قفيز الحنطة قال المص ره وهذا اي الحكم المذكور (عند ابي حنيفة ره وابي
يوسف ره) استحسانا (ولو قال له علي مائة) اي مائة (درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق
اصحابنا (وقال محمد ره لا يصح فيهما) اي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر ره واحمد ره (وقال الشافعي ره يصح فيهما) اي
في الوجهين وبه قال مالك ره (لمحمد ره ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعني ان الاستثناء تصرف في اللفظ
وهو اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (وهذا) المعنى (لا يتحقق في
خلاف الجنس) اي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز (وللشافعي ره انهما) اي المستثنى
والمستثنى منه (اتحدا جنسا من حيث المالية) يعني ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي
قال في الكافي والكلام مع الشافعي ره بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة اي انما يمتنع ثبوت الحكم في المستثنى
لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس علي فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض للاول كلامه الا انه
يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة اطبقوا ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما تعارض



حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر كان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فلو اثبت هذا الاصل
فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن هنا للمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه
بقدر المستثنى فيصير كالمتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى من ان يكون ايجابا بالقول تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما و
امتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد
الثنيا فنجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختير الاثبات في كلمة التوحيد والنفي قصدا الا انه المقصود
اذ الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فيقول
الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا انه قال في اثناء تقرير كلام الشافعي ره بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض
بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان
الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد اقتفى اثره بعض من الشراح وقال صاحب العناية وكلام المص ره كما
ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي ره ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء
على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرط المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول
بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول هذا انتهى كلامه اقول لم يقل احد من الشارحين
بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي ره سوى صاحب الغاية فانه قال خلافا للشافعي ره لان الاستثناء كلام
آخر تعارض الصدر بحكمه وليس من شرط المجانسة الا يرى الى قوله شعر وبلدة ليس بها انيس * الا اليعافير والا العيس * قد استغنى من
خلاف الجنس انتهى واما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من انه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان
لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى
منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض
في العين كما لا يخفى على المتامل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى ايضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة
بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عند الشافعي ره ايضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم
والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط ليس بتام ولهما اي لابي حنيفة ره وابي يوسف ره
(ان المجانسة في الاول) اي في الوجه الاول وهو قوله له علي مائة درهم الا دينارا والا قفيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) يعني
ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله علي مائة درهم الا ثوبا قال في العناية
وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي
هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب (اما الدينار فظاهر) يعني اما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء
الدينار في الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه (والمكيل والموزون
اوصافهما اثمان) يعني واما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الاول فلان المكيل والموزون
اوصافهما اثمان توضيحه ان المكيلات والموزونات اثمان باوصافها وان لم يكن اثمانا من حيث الذات حتى لو عينت في العقد يتعلق
العقد بعينها الا انها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس
واحد معنى وان كانت اجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالمائة صورة كذا في الكافي

والشرع (اما الثبوت) في الوجه الثاني (فليس ثمن اصلا) اي لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما او ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة موجلا فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (وما يكون ثمنا صلح مقدرا) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدراهم) اي لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف (فصار بقدره مستثنى من الدراهم) بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة الا قدر قيمة المستثنى وفي الذخيرة اذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به وان كانت قيمة المستثنى يستغرق ما اقر به لا يلزمه شيء (وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا للدراهم) لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وفي بعض النسخ (فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح) اي الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر ان جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى يمنع صحة الاستثناء لان جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في العناية ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح ان يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثناء يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرناه من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى اقول بقي ههنا كلام آخر وهو انهم صرحوا بان ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعين حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة فالظاهر ان مثل هذا انما يصلح ان يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفي مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشيء فلا يصلح ان يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا في هذا الوجه ايضا فينبغي ان لا يصح الاستثناء في قوله الا قفيز حنطة فليتامل في الجواب (قال) اي القدوري في مختصره (ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار) قال في الباب الاول من اقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد امس ان شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا وفي القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكن استحسن لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معنى الشرط فان الله تعالى اخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من غيرهم فدل على ان الاستثناء مخرج للكلام من ان يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن انما يعمل هذا الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا منه فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه نفي لما اثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان او موصولا اما هذا فبيان فيه تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف رح في تعليل مسئلة الكتاب (لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال) كما هو مذهب ابي يوسف رح (او تعليق) كما هو مذهب محمد رح كذا ذكره الامام قاضيخان رح في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع فانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيف ما كان لم يلزم الاقرار لما بينه المصنف رح بقوله (فان كان الاول) وهو الابطال (فقد بطل وان كان الثاني) وهو التعليق (فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل فبينهما منافاة ولانه



اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط (ولانه شرط لا يوقف عليه) اي لا يطلع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد ان يطلع عليه احد والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لانه يكون اعداما من الاصل (كما ذكرنا في الطلاق) اي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان علي الف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به اصلا انما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين به انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط او الخطر نحو قوله ان دخلت الدار وان مطرت السماء وان هبت الريح او ان قضى الله تعالى او ان اراده او رضيه او احبه او قدره او يسره او ان بشرت بذلك او ان اصبت مالا او ان كان كذلك وان كان حقا وهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام الذي ذكرنا كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وفي غاية البيان نقلا عن شرح الكافي للحاكم الشهيد (بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف لان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجيء راس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف (فيكون تاجيلا) اي فيكون ذكر هذه الاشياء منه تاجيلا اي دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة (لا تعليقا) اي لا يكون تعليقا بالشرط (حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا) لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا ان يثبته بالبينة او يصدقه المقر له كما تقدم (قال) اي القدوري في مختصره (ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه) بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها (فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى) اي تبعا (لا لفظا) اي لا مقصودا باللفظ لان البناء وصف في الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري (والاستثناء تصرف في الملفوظ) يعمل في الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا اقول هذا وان كان موافقا لما ذكره المص رح وغيره في كتاب الايمان من ان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا انه مخالف لما ذكر في كتب اللغة فانه قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال في القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة ولا يخفى ان الظاهر المتبادر من ذلك ان يكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتامل قال صدر الشريعة فان قلت يشكل بما ذكر بما اذا قال لفلان علي الف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت في الدرهم معنى لا لفظا حتى يصح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرا للبناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا انتهى كلامه واقتفى اثره الشارح العيني اقول التعرض للفرق بين المسئلتين مما لا بد منه جدا وقد اهمله اكثر الشراح لكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام ههنا اذ لقائل ان يقول ان اريد تتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياه من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا الا يرى الى ما مر في تلك المسئلة من ان التحقيق ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا تتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وان اريد بذلك تناولها اياه من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ المصنف رح صرح ههنا بان الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لا يكفي في صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث

الحكم فقط ايضا في صحة استثناء البناء من الدار فان البناء داخل في بيع الدار وفي حكم الاقرار بالدار ونحوها حتى يملك المشتري والمقر له البناء ايضا فظاهر من زيادة ايضاح وتقرير فيقول المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تبعا والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على اخص اوصافها الذي هو الثمنية تناولا قصدا لا تبعا فان ما تحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب من قبيل الذوات فيجوز ان يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها في اخص اوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ولا كذلك الدار مع البناء فان البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها الا تبعا وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله في الحكم فان الاول مدلول حكمي للفظ مقصود فيه اصالة فيكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ اي في مدلول اللفظ حكما فيصح والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه اصلا لكنه تابع لمدلوله في الحكم الثابت له فلا يكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ فلا يصح قال المصنف رح (والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار) يعني لا يصح استثناء الفص في الاقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة منه في الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء في الاقرار بالدار (لانه) اي لان كل واحد من الفص والنخلة (يدخل فيه) اي يدخل في الصدر (تبعا لا لفظا) والاستثناء تصرف في الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف رح ههنا ان الفص يدخل تبعا لا لفظا ينافي قوله فيما مر ان اسم الخاتم يشمل الكل اقول يمكن ان يقال ان مراده بشمول اسم الخاتم الكل في قوله السابق اعم من الشمول القصدي والتبعي ومراده بنفي دخول الفص في الخاتم لفظا في قوله اللاحق نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما قال في البدائع ولو اقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كمن اقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من حلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان قوله لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة الا ترى الى ما قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال في القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة واما ثانيا فلان قوله لان يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على ان البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قاله اولا من ان اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له علي عشرة الا واحدا لا يقال يجوز ان يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لا الجزئية فيؤول الى ما قاله المصنف رح وغيره لانا نقول مع اباء قوله هذه الاجزاء عن ذلك التوجيه جدا يمنعه قوله في نظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد هو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المص رح وسائر الثقات (بخلاف ما اذا قال الا ثلثها) اي اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها (او الا بيتا منها) حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت (لانه) اي لان كل واحد من الثلث والبيت (داخل فيه) اي في الصدر الذي هو الدار (لفظا) ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا اقول كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان واستدلوا عليه على ان من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث اذ على تقدير ان يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت صحراء لزم ان تنعدم بانعدام بعض اجزائها فلم يظهر وجه الحنث في المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع انه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار او ثلثها او بيتا منها انه يصح الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت من الدار

لان



لان البيت ليس من جنس العرصة اذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط اربعة على قول او ثلثة على قول آخر كما عرف في الايمان في مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سيأتي فان هذه من ذلك فما ذكره يكون حجة عليه لا له في هاتيك الصور (ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال) وهذا لفظ القدوري ايضا يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المص رح في تعليله (لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء) يعني ان العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم (فكانه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء) لفلان وقال المصنف رح (بخلاف ما اذا قال مكان العرصة او ارضا) اي بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان (حيث يكون البناء للمقر له مع الارض لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء) بناء على ان الارض اصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع (كالاقرار بالدار) حيث يكون البناء ايضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقل هناك ان الاقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان اول كلامه فيما اوردت اقرار معتبر بالبناء للاول فهب ان آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان للثاني الارض خاصة واما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض والبناء وهما جميعا ملكه فيصح اقراره بهما للمقر له وذلك لان اول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لانه قد كان له قبل ان يذكره فبقي قوله وارضها لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له في التبع توضيح الفرق ان البناء في تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من ان يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثاني بعد ذلك لا يتعدى الى البناء وفي مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا كذا في المبسوط اعلم ان هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما اقر لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من ارضه واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض والبناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله اولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وارضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل كذا في الذخيرة (ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك) الى هنا لفظ القدوري في مختصره (قال) اي قال المص رحمه الله (هذا) اي ما ذكر من المسئلة (على وجوه احدها هذا) اي هذا الوجه (وهو ان يصدقه) اي ان يصدق المقر له المقر (ويسلم العبد وجوابه) اي جواب هذا الوجه (ما ذكر) من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال بعض الفضلاء فيه انه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الى آخره اقول ما ذكره انما يتجه ان لو كان لفظ يسلم في قول المصنف رح ويسلم العبد من سلمه اليه واما اذا كان من سلمه له اي جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما يحصل باعتراف المقر له بانه عبدك لا عبدي وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا ينافي ان يقال له ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف رح

سلمه له مراداً به المعنى المذكور في مواضع من كتابه هذا منها ما سياتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال فان سلم له
بالقبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى وتحتمل ان يكون لفظ يسلم ههنا
مما بني من سره منه لا من التسليم ويكون العبد فاعلا لا مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة اصلا قال المصنف ره في تعليل جواب الوجه المذكور
(لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) يعني انهما تصادقا في هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا
انه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا ههنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع
مبيعا بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه
كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل الى ههنا كلامه وطعن بعض الفضلاء في جوابه بان قال وليت شعري
ان ما ذكر في الكتاب حكم اية مسئلة انتهى اقول ما ذكر في الكتاب حكم مسئلة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن
على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له فان كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم
الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه واما ان لم يسلمه اليه بان هلك في يده فلا يلزمه شيء كما هو الحكم في ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر
في الكتاب فقيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد
وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع الى المشتري بعد ان صح البيع وتم بل المراد منه ان لزوم الالف على المقر مشروط بتمليك العبد
اليه فان اردت الوصول الى حقك فسلم العبد ولا تضعه وليس المراد بقوله وخذ الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب في الواو
بل هي للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر في البيوع من ان اللازم في بيع سلعة بثمن تسليم الثمن اولا فخلاصة ما ذكر في الكتاب ههنا ما قال في
الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا لا (والثاني) اي الوجه الثاني (ان يقول المقر له العبد عبدك) اي العبد الذي
عينته عبدك (ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا) وسلمته اليك (وفيه) اي في هذا الوجه (المال لازم على المقر لاقراره به)
اي بالمال (عند سلامة العبد له وقد سلم) اي وقد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه (فلا يبالي باختلاف السبب بعد
حصول المقصود) كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال لا بل استقرضته مني لان الاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها
فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال ولا تفاوت في هذا الوجه بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له
كذا قالوا (والثالث) اي الوجه الثالث (ان يقول) اي المقر له (العبد عبدي) اي العبد الذي عينته عبدي (ما بعتكه) وحكمه
اي حكم هذا الوجه (ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه) اي فلا يلزم المال دون العبد
لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت في هذا الوجه ايضا بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له لانه اذا كان
في يد المقر ياخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شيء من ثمن العبد كذا قالوا (ولو قال مع ذلك) اي ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر له
(انما بعتك غيره) اي غير ذلك العبد (يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينته) اي وجوب تسليمه (والآخر ينكر والمقر له
يدعي عليه) اي على المقر (الالف) اي لزوم الالف (ببيع غيره) اي غير من عينه (والآخر ينكر) فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا
وحكم ذلك التحالف (فاذا تحالفا بطل المال) اي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده (هذا) اي ما ذكر من الوجوه
(اذا ذكر) اي المقر (عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد) يعني ان قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه
(ولم يعينه) اي لم يعين المقر العبد المشترى (لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل
ام فصل) اي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشترى بكلامه السابق او فصل عنه (لانه) اي لان قوله ما قبضت



(رجوع) عما اقر به (فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على) اي نظرا الى هذه الكلمة التي ذكرها اولا في قوله له علي الف درهم
اذ هي للايجاب (وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا) اي بالكلية (لان الجهالة) اي جهالة
المبيع (مقارنة كانت) كالجهالة حالة العقد (او طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه) اي نسي المتعاقدان ذلك (عند
الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع) غير ان في قوله لان الجهالة يعني ان الجهالة توجب هلاك المبيع اي تجعل المبيع في
حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول (فيمتنع وجوب نقد الثمن) لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة
فامتنع وجوب نقد الثمن ايضا (واذا كان كذلك كان رجوعا) فان اول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك
رجوع (ولا يصح وان كان موصولا) لان الرجوع عن الاقرار باطل مفصولا كان او موصولا اقول لقائل ان يقول يشكل التعليل
المذكور ههنا من قبل ابي حنيفة رح بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر هناك شيء بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل
هناك ايضا بان يقال ان اول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب اصلا فيقتضي ان يكون رجوعا
فيلزم ان لا يصح ويمكن ان يجاب عنه بما اشار اليه المص ره فيما سياتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر او خنزير بقوله قلنا ذاك
تعليق وهذا ابطال وسنذكر تتمة الكلام هناك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء اورد على التعليل المزبور كلاما آخر واجاب
عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم ان يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بهذا او احضار البائع
فليتامل فانه يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى اقول لا الايراد بشيء ولا الجواب اما الاول فلان المقر
فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضار ذلك اصلا بل لم يمكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فانى يتصور
البائع احضار المبيع ههنا حتى يعترف المشتري بانه هذا وان احضر المقر له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف المقر بان ما اشتراه منه هذا العبد
فقد صارت المسئلة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل منه واما الثاني فلانه كيف يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف
وقد لزمه الالف بلا عوض عند ابي حنيفة رح في هذه المسئلة وان لم يحضر البائع شيئا فهل يؤثر العاقل اعطاء الالف بلا عوض على
اعطائه بمقابلة ما احضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب (وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم
يلزمه شيء) وبه قال مالك ره والشافعي ره واحمد ره (وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن
عبد) اي اذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي ان يكون ذلك الالف من ثمن عبد (وان اقر) اي ان اقر المقر له (انه) اي
المقر له (باعه) اي باع المقر (متاعا) يعني ان يصدق المقر له المقر في الجهة بان قال انه باعه متاعا وهو العبد كما اقر له المقر لكن
كذبه في انكاره قبض المبيع (فالقول قول المقر) سواء وصل ام فصل وانما عبر المص ره ههنا عن المبيع بالمتاع حيث قال
وان اقر انه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب في العبد ليعلم ان الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد (ووجه ذلك)
اي وجه ما قاله الامامان (انه) اي المقر (اقر بوجوب المال عليه) اي على نفسه حيث قال له علي الف درهم (وبين سببا وهو
البيع) حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه (فان وافقه الطالب) يعني المقر له (في السبب) وهو البيع (وبه لا يتاكد الوجوب
الا بالقبض) اي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل
لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما يتاكد الثمن عن المشتري وانما يتاكد بالقبض والمقر له يدعي القبض
(والمقر ينكره فيكون القول له) اي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المصنف ره نظر لان قوله فان وافقه الطالب
في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاصل ولعدم الربط فانك

لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك وقال يمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتأكد لانه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه اقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المص ره فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه اصلا اذ قد تقرر في علم النحو ان الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا او منفيا بلا فيجوز فيه الوجهان دخول الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيد الشرط المزبور فصار معنى الكلام فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور مقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح (وان كذبه) اي وان كذب الطالب المقر (في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه) وهو قوله له علي الف درهم (للوجوب مطلقا) رجوعا الى كلمة علي (وآخره) اي آخر كلامه (يحتمل انتفاءه) اي انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار مغيرا لمقتضى اول كلامه (والمغير يصح موصولا لا مفصولا) كالاستثناء (ولو قال ابتعت منه بيعا) اي بيعا وفي بعض النسخ (عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله) اي قول المقر (بالاجماع) ذكر المصنف ره هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها (لانه ليس من ضرورة البيع القبض) يعني ان المقر ههنا انما اقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري (بخلاف الاقرار بوجوب الثمن) فان من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المص ره وفيه نظر فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى اقول وهذا النظر ايضا ساقط اذ الظاهر ان مراد المصنف ره ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين اذ هو المختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر ان انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا فلا بد في نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في البيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض (قال) اي القدوري في مختصره (وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير) قال المصنف ره (ومعنى المسئلة) اي ومعنى المسئلة التي ذكرها القدوري (اذا قال لفلان علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره) يعني قوله من ثمن خمر او خنزير (عند ابي حنيفة ره وصل ام فصل لانه) اي لان تفسيره (رجوع) عن اقراره (لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه) وهو قوله علي الف (للوجوب) والرجوع عن الاقرار باطل (وقالا) اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا وصل لا يلزمه شيء لانه) اي المقر (بين بآخر كلامه انه ما اراد به) اي باول كلامه (الايجاب) لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا في الشروح اقول هذا لا يتمشى فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل في هذه الصورة ان بنى اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا اداء ثمنه اصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك واما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى لكلام المسلم كما لا يخفى والدليل الذي ذكره المص ره ههنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب (وصار) اي صار آخر كلامه فيما نحن فيه (كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى) فانه يصدق هناك اذا وصل فكذا ههنا اجاب المص ره عن هذا القياس بقوله (قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال) يعني قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا والخمر فيه



ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا اقول فيه كلام من وجهين احدهما ان المص ره قال في مسئلة الاستثناء بمشيئة الله ان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المذكور في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابي يوسف ره والثاني مذهب محمد ره وفي بعضها ان الامر بالعكس فايا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذاك ايضا ابطالا وثانيهما ان المصنف ره قال هناك فان كان الاول يعني الابطال فقد بطل وان كان الثاني يعني التعليق فكذلك الا ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق تحصل منه ان الاستثناء بمشيئة الله وان كان تعليقا في اصله الا انه ليس بتعليق في باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذاك تعليق وهذا ابطال ويمكن ان يجاب عن الاول بان الجواب المذكور ههنا عن قبل ابي حنيفة ره يصير الزاميا بالنسبة الى من قال من صاحبيه يكون الاستثناء بمشيئة الله تعليقا وتحقيقا بالنسبة الى من قال منهما يكون ذلك ابطالا ولا يجب ان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثاني بان الاستثناء بمشيئة الله وان لم يكن في باب الاقرار تعليقا حقيقة الا انه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال في آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هي ابطال محض واما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقا تامل واعلم ان القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فاخذ المص ره منه ثم اعلم ان الخلاف المذكور فيهما فيما اذا كذبه الطالب واما اذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شيء في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر او ميتة او دم صرح به شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح (ولو قال له علي الف) اي الف درهم (من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف) جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال (او نبهرجة) وهي دون الزيوف فانها يردها التجار ايضا (وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة ره وقالا) اي قال ابو يوسف ره ومحمد ره (ان قال موصولا) اي ان ذكر قوله هي زيوف او نبهرجة موصولا بكلامه السابق (صدق وان قال مفصولا) اي ان ذكر ذلك مفصولا عنه (لا يصدق) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير اقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن نوع قصور فان قول ابي حنيفة ره في هذه المسئلة ان لزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف او نبهرجة ام فصل كما صرح به ويقتضيه بيان الخلاف الا ان كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف او نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول ابي حنيفة ره بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه فالظاهر ان يذكر الواو بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا اقر الرجل بالف درهم دين من قرض او ثمن بيع وادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في قول ابي حنيفة ره وصل ام فصل وقال ابو يوسف ره ومحمد ره ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين ره الاسبيجابي في شرح الكافي وعلى هذا نص محمد ره في الاصل قال المصنف ره (وعلى هذا الخلاف اذا قال هي) اي الالف (ستوقة) وهي اردأ من النبهرجة (او رصاص) اي او قال هي رصاص فلا يصدق عند ابي حنيفة ره وصل ام فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن هذا على احدى الروايتين عن ابي يوسف ره وفي رواية اخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل لما قاله ابو حنيفة ره كذا في شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام التمرتاشي (وعلى هذا) اي على هذا الخلاف (اذا قال الا انها زيوف) بكلمة الاستثناء (وعلى هذا) الخلاف (اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف) بالجر وتجري الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في معراج الدراية اقول فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع تامل (من ثمن متاع) هذا تتمة كلام المقر (لهما) اي لابي يوسف ره ومحمد ره في هذه الصورة الخلافية (انه) اي ما قاله المقر آخرا

(بيان مغير) لما قاله اولا (فيصح) موصولا اى (بشرط الوصل كالشرط والاستثناء) فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا
لكونه بيان تغيير (وهذا) اى كون آخر كلام المقر بيانا من فيه بيانا مغيرا (لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف) بحقيقته فان الزيوف من جنس
الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا (والستوقة بمجازه) اى ويحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم
مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه (الا ان مطلقه) اى مطلق اسم الدراهم (ينصرف الى الجياد) لان بياعات الناس
تكون بالجياد عادة (فكان) اى فكان ذكر الزيوف او الستوقة في آخر الكلام (بيانا مغيرا) لما اقتضاه اول الكلام (من هذا
الوجه) اى من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة فيصح موصولا (وصار) اى صار حكم هذا
(كما اذا قال الا انها وزن خمسة) او ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا اقول
لو تعرض المصنف رح في اثناء التعليل لذكر النبهرجة ايضا لكان اوجه لانها مذكورة ايضا في اصل المسئلة فان قلت النبهرجة
كالزيوف في كونها من جنس الاثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز ان يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف
قلت رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك ايضا فكان الاولى الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقها بالاولوية ثم
اقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس
وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق وستوق اى زيف بهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازا في المفسر فتامل
(ولابي حنيفة رح ان هذا) اى ما قاله الآخر (رجوع) عما اقر به اولا ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل وذلك (لان
مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب) لان موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب (والزيافة عيب) في الدراهم
(ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) اى عن بعض موجب العقد فاذا ادعى انها زيوف فقد ادعى ابطاله ما هو المستحق بالعقد
فلا يصدق وان وصل (وصار) حكم هذا (كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعينه سليما فالقول للمشتري لما بينا)
ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب فكذا ههنا فحاصل اختلافهم راجع الى ان الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم
الدراهم ام لا فابو حنيفة رح رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا اقرارا لا بمطلق
الدراهم وهما ادخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في
الشرط والاستثناء كذا في الاسرار وغيره (والستوقة ليست من الاثمان) اى ليست من جنس الاثمان (والبيع يرد
على الثمن) فلم تكن الستوقة من محتملات العقد (فكان) اى فكان قوله الآخر (رجوعا) عما اقر به اولا فكان دعوى الستوقة بتاويل
او بتاويل رجوعا من ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا (وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء) هذا جواب عما استشهدا به
تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء (لانه مقدار) واستثناء بعض المقدار صحيح لان اول الكلام يتناول
القدر فكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب (بخلاف الجودة) اى بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فان في قوله الا انها زيوف
استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها (لان استثناء الوصف لا يجوز) لعدم
تناول صدر الكلام اياه قصدا بل تبعا (كاستثناء البناء في الدار) على ما مر بيانه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل
استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحح ابو يوسف رح ومحمد رح استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححاه ذلك من حيث ان الزيافة
والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف فان قوله لفلان علي الف من ثمن متاع الا انها زيوف صار بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا ونقد
١٠٠ ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه فينبغي ان يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله



في الحنطة الا انها ردية الى هذا اشار في الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية وههنا
بحث اذ حينئذ ينبغي ان يفصل فتامل اقول ليس بحثه بشيء لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا انه بيان تغيير بناء على ان مطلق
العقد يقتضي السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغيير المقتضى العقد فكان بيان تغييره من هذا الوجه كما مر وبيان
التغيير لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا
بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية فان قوله في الحنطة الا انها ردية يقبل وان فصل كما صرحوا به الا ان مرادهما ان ذلك بمنزلة قوله في
الحنطة الا انها ردية في مجرد كونه نوعا لا وصفا لا في الاتحاد في جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير قال
المصنف رح (بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع) اى منوعة (لا عيب) لان العيب
ما يخلو عنه اصل الفطرة والحنطة قد يكون ردية في اصل الخلقة فكانت الردية نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها ردية
لم يكن له خيار الرد بالعيب (فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها) اى عن الرداءة اذ ليس بمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا
لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسطة او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا ومفصولا كذا في المبسوط وغيره
وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة
ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انهما ضدان
دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب انتهى اقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثاني ان الرداءة في
الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لانها في الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به اصل السوال
لان حاصله نقض القول بان استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة على انه لا يندفع به السوال الثاني
ايضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم و
اقول الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو انه حسب ان قول المص رح بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة الخ متعلق بما ذكره في
قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فوقع فيما وقع ولكن لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان قوله المذكور
متعلق بما ذكره في اوائل دليل ابي حنيفة رح وهو قوله لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب يرشد اليه قطعا قوله
ههنا فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم اقول واما السوال الذي ذكره الشارح المذكور بقوله
فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية فجوابه ان يقال ليس هناك استثناء حقيقة وانما
قوله الا انها ردية بيان وتفسير للحنطة في قوله علي كر حنطة في صورة الاستثناء يرشد اليه ان صاحب الكافي قال في تقرير هذه
المسئلة بخلاف ما لو قال له علي كر من ثمن بيع او قرض ثم قال هو ردي فالقول قوله في ذلك وصل ام فصل لان الرداءة ليست بعيب
في البراتجي حيث يدل قوله الا انها ردية بقوله هو ردي تنبيها على ان ليس مطمح النظر في هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل ان الرداءة
في مثل البر ليست بعيب فظهر ان جعل قول المصنف رح لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السوال المزبور عن ضيق العطن فان قلت
للسوال المزبور جواب آخر اظهر مما ذكرته وهو ان قوله الا انها ردية ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهي الحنطة
الردية فالمراد من الاستثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب قلت لانه ينتقض على اصل ابي حنيفة رح بما اذا قال الا
انها زيوف فانها لا يقبل عنده مع جريان ان يقال انه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف
ونحن الآن بصدد تتميم قول ابي حنيفة رح فلا مجال للتشبث بذلك الجواب ههنا فتدبر (وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول)

المراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الروايات وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (انه يصدق في الزيوف اذا وصل) يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بان يقال وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان على الف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله الف درهم قرض اما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات (لان القرض يوجب مثل المقبوض) يعني ان المستقرض انما يصير مضمونا عليه بالقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض (وقد يكون) المقبوض في القرض (زيفا كما في الغصب) فان وجب حينئذ الزيف لان القرض يقضى بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب اقول لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يصدق في الزيوف في القرض وصل ام فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع انه لا يصدق في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما مر جوابه (ووجه الظاهر) اي وجه ظاهر الرواية (ان التعامل بالجياد) يعني ان المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف (فانصرف مطلقه) اي مطلق القرض (اليها) اي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا يقبل دعوى الزيافة لانها رجوع عما اقر به (ولو قال لفلان على الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض) اي لو ارسل ولم يبين الجهة وادعى انها زيوف (قيل يصدق بالاجماع) يعني اذا وصل (لان اسم الدراهم يتناولها) اي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد (وقيل لا يصدق) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير اي لا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل واما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل كما صل المعنى وقيل هو على الاطلاق السابق ايضا كما مر جوابه (لان مطلق الاقرار) بالدين (ينصرف الى العقود) اي الى الالزام بسبب العقود (لتعينها مشروعة) اي لكونها هي المشروعة (لا الى الاستهلاك المحرم) اي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل امر المسلم على الحرام ما امكن فصار هذا بمنزلة سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو ارسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشائخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (ولو قال اغتصبت منه الفا وقال اودعني) اي اودعني الفا (ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليلها (لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له) اي لو اخذ من الغصب والايداع (في الجياد) بخلاف البيع فان عقد المعاوضة يقتضيها (ولا تعامل) اي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف او ايداعها تغييرا لاول كلامه (فيكون بيان النوع فيصح وان فصل) قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رح ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا او بيانا مغيرا لو لم يتناول اول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد واما من جهة تحقق المقتضي كذا في البيع والتعامل كما في القرض فاذا قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول اول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما اقر به اصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون متنوعا وعيبا والضابط في ذلك ان ينظر

في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنهما تنافيهما تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع هذا انتهى كلامه اقول هذا الكلام خال عن التحصيل اما اولا فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة اصلا اذ هي امر عارض للدراهم يخلو عنها الدراهم في اصل خلقتها وانما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى للخلط ذلك ههنا واما ثانيا فلان ما ذكره في الضابط من ان الجهة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمقبول المعنى لان كون الزيادة في الدراهم عيبا امر مقرر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة وانما تأثير اقتضائها السلامة عند ابي حنيفة رح في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكور في تلك الجهة لا في جعلها معيوبة وكذلك كون الزيافة نوعا اي متنوعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة متنوعة على كل حال فان الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة ام لا واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله واذا لم يقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم انها حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونهما نوعان لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيوبا بالنسبة الى البعض الآخر ليس بعزيز وانما لا يكون عيبا لو كانت في اصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان اراد بذلك انها حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم وان كانت الزيافة عيبا ايضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره اصلا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف رح (ولهذا) اي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل (لو جاء راد المغصوب) وهو الغاصب (والوديعة) اي وراد الوديعة وهو المودع (بالمعيب) متعلق بجاء اي لو جاء رادهما بالمعيب (كان القول قوله) اي للراد فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان او امينا (وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه) اي في الغصب لا في الوديعة كما مر جوابه (مفصولا) اي اذا ادعى الزيافة مفصولا (اعتبارا بالقرض) اي قياسا عليه (اذ القبض فيهما) اي في الغصب والقرض (وهو الموجب للضمان) يعني ان الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقدم تدبر (ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق) هذه المسألة مما ذكره في شرح الجامع الصغير تفريعا على المسألة المارة قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة او رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه اراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى وعلل المصنف رح هذه المسألة بما علل به الامام الاسبيجابي فقال (لان الستوقة ليست من جنس الدراهم) اي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم (لكن الاسم) اي اسم الدراهم (يتناولها) اي يتناول الستوقة (مجازا) للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (فكان بيانا مغيرا) لما اقتضاه اول كلامه لان اول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وبآخر كلامه بين ان مراده الدراهم صورة لا حقيقة (فلا بد من الوصل) لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لاول كلامه فصح موصولا ومفصولا (وان قال في هذا كله) اي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والايداع (الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليلها (لان هذا استثناء المقدار) اي استثناء بعض ما اقر به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لا مفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لانها وصف

اى لان الزيادة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو) اى الاستثناء (تصرف لفظى كما بينا) فيما مر فيصح فى متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) اى لضرورة انقطاع الكلام بسبب (انقطاع النفس) او اخذ السعال او ما اشبه ذلك (فهو واصل) اى هو فى حكم الواصل حتى يصح استثناؤه (لعدم امكان الاحتراز عنه) لان الانسان قد يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء فى آخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما فصل لطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن ابى يوسف رح انه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر ان يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال السكاكى فى معراج الدراية وبه قال الائمة الثلثة يعنى مالكا والشافعى واحمد رحمهم الله تعالى (ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف رح فى تعليله (لان الغصب لا يختص بالسليم) فان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل ام فصل (ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا) اى المقر له (لا بل اخذتها غصبا فهو) اى المقر ضامن يعنى كان القول فى هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه فالمقر (ضامن الا ان ينكل) المقر له عن اليمين (وان قال اعطيتها وديعة فقال) اى المقر له (لا بل غصبتها لم يضمن) اى لم يضمن المقر له فى هذه المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه وهاتان المسئلتان من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح (والفرق) بينهما (ان فى الفصل الاول) وهو قوله اخذت منك الف درهم وديعة (اقر بسبب الضمان وهو) الاخذ لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل (ثم ادعى) اى ثم ادعى المقر بقوله وديعة (ما يبرئه) عن الضمان (وهو الاذن) بالاخذ (والآخر) وهو المقر له (ينكره) اى ينكر الاذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا ما قالوه اقول فيه بحث لانهم ان ارادوا ان الاخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كاخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان لما استدلوا به فى كتاب الوديعة على ان الوديعة امانة فى يد المودع اذا هلكت لم يضمن فيكون ما اخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا عن قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وان ارادوا ان الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم ان فى الفصل الاول اقر بالاخذ بغير الاذن بل اقر بالاخذ المقيد بكونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتامل فى الجواب قال فى الكفاية فان قيل ينبغى ان يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان على الف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجبه الغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان على الف يحتمل الوديعة يعنى على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تفسيره فيصدق موصولا انتهى اقول فى الجواب بحث اذ لا نسلم ان صدر الكلام هنا موجبه الغصب كيف وسيجئ فى كتاب الغصب ان الغصب فى اللغة اخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب وفى الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ولا ريب ان صدر الكلام ههنا وهو قوله اخذت منك الف درهم اعم من كل واحد من معنى الغصب ومن المقرر ان العام لا يدل على الخاص باحدى الدلالات الثلاث وانى يكون موجبه الغصب فكان صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما فى الكفاية من السؤال والجواب كذا وفيه نوع تامل (وفى الثانى) اى وفى الفصل الثانى وهو قوله اعطيتها وديعة (اضاف الفعل الى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذلك) اى ذلك الغير (يدعى عليه) اى على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف رح (والقبض فى هذا) اى فى الحكم المذكور (كالاخذ) يعنى لو قال المقر قبضت منك الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا كما لو قال اخذت منك الف درهم وديعة



(والدفع كالاعطاء) يعنى لو قال المقر دفعت الى الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كما لو قال اعطيتنيها (فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه) اى الى المقر (لا يكون الا بقبضه) فكان الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا اقر بالقبض يضمن فينبغى ان يضمن اذا اقر بالاعطاء والدفع ايضا (فنقول) فى الجواب لا نسلم ان الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه بل (قد يكون) كل واحد من الاعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) دون قبضه فلم يقتض الاقرار بها الاقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) اى ولئن سلمنا انه اقتضى ذلك (فالمقتضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة يثبت بادنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر فى انعقاده سببا للضمان) لعدم الحاجة اليه قال المص رح (وهذا) اى وهذا الذى قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له اخذتها غصبا (بخلاف ما) اى ملابس بخلاف ما (اذا قال) اى المقر (اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك) اى فيما اذا قال المقر له اخذتها قرضا (على ان الاخذ كان بالاذن) لان الاخذ بالقرض لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة (الا ان المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك فكان القول للمنكر (فافترقا) اى فافترقا اذا قال المقر له اخذتها غصبا واذا قال اخذتها قرضا اقول ههنا نظر لان الذى يدعيه المقر انما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به فى المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق فان كثيرا ما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما اسباب موجبة للضمان فلا يتصور ان يكون مبرئه عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة ولا شك ان المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض واما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدى نفعا فى الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة وان كان المقر له اباه بقوله لا باتيان بعينها فيما اذا قال المقر له بل اخذتها قرضا غاية الامر ان المقر له ايضا يدعى سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارض دعواهما وانكارهما يبقى اقرار المقر بالاخذ الذى هو سبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر له بل اخذتها غصبا فلم يفترقا افتراقا يوجب اختلاف الحكم تامل جدا (فان قال هذه الالف كانت وديعة لى عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هى لى فانه) اى فان فلانا (ياخذها) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح فى تعليله (لانه) اى لان المقر (اقر باليد له) اى لفلان وفى الكافى واقر بالاخذ منه والسبيل فى الاخذ الرد على المأخوذ (وادعى استحقاقها عليه) اى ادعى استحقاق الالف على فلان بقوله فكانت لى وديعة عند فلان (وهو ينكر فالقول للمنكر) مع يمينه (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها على او قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت) بل الدابة والثوب لى (فالقول له) اى للمقر (وهذا) اى كون القول قول المقر (عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذى اخذ منه الدابة والثوب) وقول ابى حنيفة رح ههنا استحسان وقولهما قياس كذا قالوا فى شرح الجامع الصغير واليه اشار المصنف رح بقوله (وهو القياس) اى قول ابى يوسف رح ومحمد رح هو القياس فيفهم منه ان قول ابى حنيفة رح هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجه القياس ووجه الاستحسان ثم ان هذا كله اذا لم يكن الدابة او الثوب معروفا للمقر اما اذا كان معروفا له كان القول للمقر فى قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سببا لاستحقاق عليه كذا فى المبسوط والايضاح وذكر فى الشروح (وعلى هذا الخلاف) اى على الخلاف المذكور آنفا (الاعارة والاسكان) بان قال اعرت دابتى هذه فلانا فركبها ثم ردها على او اعرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ثم رده على وبان قال اسكنت دارى هذه فلانا ثم اخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لى (ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) احترز به عن قول بعضهم ان القول فى هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابى حنيفة رح ولكن ذلك ليس بثابت فى الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف ايضا

قال المصنف رحمه الله (وجه القياس ما بيناه في الوديعة) اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسائل (ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية) يعني ان اليد فيهما ليست بمقصودة بل هي ضرورية (تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما) اي فيكون اليد معدومة (فيما وراء الضرورة) اي فيما وراء الضرورة في حق الاستحقاق على المقر لان ما يثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة (فلا يكون) اي فلا يكون الاقرار بالاجارة والاعارة (اقرارا له) اي للمقر له (باليد مطلقا) اي من كل وجه بل يكون اقرارا له باليد لاجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم يدعيها لنفسه (بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة) فان المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد (والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به) اي بالايداع (اعترافا باليد للمودع) اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع (مطلقا) اي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد المحافظة دون اثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان اريد ان الاقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى (ووجه آخر) للاستحسان وهو الفرق وهو (ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته) اي من جهة المقر (فيكون القول قوله في كيفيته) اي في كيفية ثبوت اليد له اي المقر كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدي بعته من فلان ولم اسلم اليه بعد فقال المقر له لا بل كان عبدي لم اشتره منك كان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى كذا في النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت عبدي هذا لك بالف درهم الا اني لم اقبض الثمن فلي حق الحبس كان القول قوله وان زعم الآخر خلافه كذا في العناية وشرح تاج الشريعة اخذا من الاسرار (ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه) اي لان المقر (قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه كذا في عامة الشروح اقول هنا كلام اما اولا فلان ظاهر قول المص ره وقد يكون من غير صنعه ينافي ما ذكره في الوجه الاول من ان الايداع اثبات اليد قصدا لان اثبات اليد قصدا يقتضي الصنع فان قلت مراده انها قد تكون من غير صنع المقر لا من غير صنع المودع وكون الايداع اثبات اليد قصدا انما يقتضي صنع المودع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم ان لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر ثانيهما في صاحب الكافي ايضا اذ لا صنع لاحد في ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي القته الريح في داره واما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين ينافي ما مر جوابه في اول كتاب الوديعة من ان الوديعة هي التسليط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة اعم من ذلك فانها قد يكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر (حتى لو قال) اي المقر (اودعتها كان) جواب هذه المسئلة ايضا (على هذا الخلاف) المذكور في مسائل الاجارة والاعارة والاسكان اقول بقي ههنا شيء وهو ان الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي واما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر ان لفظة لي يفيد ثبوت اليد من جهته فيؤول معنى قوله المذكور الى معنى قوله اودعتها عند فلان (وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه) اي عدم ذكر الاخذ (في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها) اي الاعارة والاسكان قال في غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تاويل العقد قلت وانما قال واختاه ولم يقل واخواه مع ان احدهما وهو الاسكان كان مذكرا في مثل ذلك تغليب المذكر على المؤنث ولا بالعكس اما على تاويلهما بالصورتين او بالمسألتين ومراد المص ره

۲۰



ههنا الرد على الامام القمي فيما ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة (لانه) قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا رحمه الله (ذكر) في كتاب الاقرار لفظ (الاخذ) في الاجارة واختيها ايضا واليه اشار بقوله (لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا) بقي وجه آخر للفرق ذكره الامام قاضيخان في شروح الجامع الصغير ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذنا الموجر والمعير باقرارهما تمتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذ باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الاجارة والاعارة واما في الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى اقول يرد عليه ان يقال تعود المنفعة في الاجارة ايضا الى المالك وهو الموجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجرة الى الموجر قطعا كما تعود في الايداع منفعة الحفظ الى المودع فلم يتم تقريب الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا ان يقال منفعة الاجرة وان عادت في الاجارة الى الموجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود الى المستاجر ولا يقدر الموجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة (وهذا) اي الذي ذكر في الاجارة واختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت) اي قبضت (من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله) اي قول المقر له (لان الديون تقضى بامثالها) لا باعيانها (وذلك) اي قضاء الديون بامثالها (انما يكون بقبض مضمون) اي بقبض مال مضمون يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بما له على المديون (فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا) يعني في صورة الاجارة واختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا) قال صاحب العناية في تقرير هذا المقام لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وقال وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى اقول لا يظهر لذي فطرة سليمة تطبيق ما ذكره بما في المتن وتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتاخير في كلام المصنف ره بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح اما الاول فلان قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المص ره فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا ووضع موضع ذاك فقيل لان الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فاذا اقر مثل ما تم في تقديم ذاك تشهد بذلك كله الذوق الصحيح واما الثاني فلانه علل قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين بقوله لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى ان مفاد هذا التعليل ان الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لا ان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى (ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر) اي والحال ان ذلك كله في يد المقر (فادعاها) اي فادعى الارض والدار والكرم (فلان لنفسه وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك) على الزراعة والبناء او الغرس (ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المص ره تفريعا وقال في تعليلها (لانه) اي لان المقر (ما اقر له) اي لفلان (باليد وانما اقر بمجرد فعل منه) اي من فلان (وقد يكون ذلك) اي الفعل من الغير (في ملك في يد المقر) يعني ان الاقرار بمجرد فعل من الغير

لا يدل على البدل لان العمل قد يكون من المعين والاجير والمعين في يد صاحبها (وصار) اي صار حكم هذا (كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه ما اقر بقبض منه) اي من الخياط (وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا) اي كذا حكم المسائل المذكورة قال في النهاية فتحصل من هذا كله ان جنس هذه المسائل على ثلاثة انواع ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة زرع هذه الارض او بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند ابي حنيفة رح القول قول المقر كما في النوع الثاني وعندهما القول قول المقر [له] كما في النوع الاول وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى

## باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح شرع في بيان اقرار المريض لان المرض بعد الصحة وافرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح (واذا اقر الرجل في مرض موته بديون) اي بديون غير معلومة الاسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه) اي في مرض موته (باسباب معلومة) متعلق بلزمته اي لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه واستهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) على ما اقر به في مرضه الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح (وقال الشافعي رح دين المرض) سواء كان بسبب معلوم او باقرار (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة اكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه اوفر كذا في الشروح واعترض بعض العلماء على تقرير دليل الشافعي رح بالوجه الذي ذكره المصنف رح حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى ان يقال وعند الشافعي رح الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان هذا الدليل اذا افاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد افاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة ايضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول واراد بعض الفضلاء ان يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار والمعاينة والدليل الخاص ثم قال ويجوز ان يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى اقول لا حاصل له ههنا لانه ان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى دينى الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لاعلى دينى الصحة وهو الدين اللازم في الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من [وصول] الشيء الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة ادنى دينى المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة اعلى دينى المرض وهو الدين اللازم في المرض باسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شيء وصول الاعلى الى رتبة ذلك الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئا ههنا اذ الكلام في تصوير الدليل المذكور من افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة باسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على ان مساواة الدين اللازم في المرض باسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه اصلا (ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب



الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة) اي صار اقراره في المرض كانشاء التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساواة لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير) اي اذا تضمن ابطال حق الغير كالراهن او الآجر شيئا ثم اقر انه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستاجر لتعلق حقهما به (وفي اقرار المريض ذلك) اي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) اي من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) اي المريض (من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث) قال صاحب النهاية اي فيما اذا لم يكن عليه دين واما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه اصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ الظاهر من قولهما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شيء من الديون اصلا بمقتضى وقوع النكرة في سياق النفي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف رح ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين اصلا ولا يخفى ان هذا معنى مختل يناقض آخره اوله لانه اذا لم يكن على المريض دين اصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل ان يقال ما ذكره المص رح فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله واما اذا احاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا اي بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين اصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف رح ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المص رح ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي رح من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة اقول يرد عليه ان يقال لم لا يجوز ان يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الغرماء والورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به الا يرى انه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين اصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي رح لان ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم اقول كان الحق على المص رح ان يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي رح قطعا ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكان الامام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المص رح ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف رح تفريط لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا احاطت الديون بماله من واما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع انه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث بالمال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت الا يرى ان شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له اخذ المال لم يضمنا شيئا فاما الدين فلا يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك (لانه من الحوائج الاصلية) فان بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل الا بالنكاح والمريض غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (وهو

اے النكاح (بمهر المثل) هذه جملة حالية يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز
كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا اقول كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع
فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح باكثر من مهر المثل ليس من ضروريا تها لامكان حصوله بمهر المثل فان
قيل ولو تزوج وهو لا يحتاج اليه لسبب ان له نساء وجوارے وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي يشارك غرماء الصحة مع ان هذا النكاح
لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة قلنا النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة
لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليه مما ينبني الامر عليها اليه اشار في الاسرار وذكر في الشروح (وبخلاف المبايعة بمثل
القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء المبايعة يعني ولا يلزم منا المبايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء تعلق بالمالية
لا بالصورة) والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل
حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل ولما استشعر ان يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حالة الصحة
ايضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع ان ذلك ليس بباطل بالاجماع اجاب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق
حقهم) الغرماء (بالمال) اى بمال المديون (لقدرته على الاكتساب) اے لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة (فيتحقق
التثمير) اے لتثمر المال وهو تكثره يقال ثمر الله ماله اے كثره فلم يقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) اے حالة المرض (حالة
العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر ان يقال سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا
ينبغي ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك اجاب بقوله (وحالة
المرض حالة واحدة) اے حالة اول المرض وحالة آخره بعد ان يتصل به الموت حالة واحدة (لانه) اے لان المرض (حالة الحجر)
ولهذا يمنع من التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف
حالتي الصحة والمرض لان الاولى) اى حالة الصحة (حالة اطلاق) للتصرف (وهذه) اے حالة المرض حالة عجز عن التصرف
وقال في غاية البيان لو قال (حالة عجز) لكان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق (فافترقا) اے افترق الوجهان او الحكمان
فمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم تمنع الاقرار في حالة ولم يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره
ثم ان الدليل المذكور افاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب
عليه فقال (وانما تقدم المعروفة الاسباب) يعني انما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت
بالاقرار في حالة المرض (لانه لا تهمة في ثبوتها) اے في ثبوت تلك الديون (اذ المعاين لا مرد له) يعني ان ثبوتها بالمعاينة
والاقرار المعاين لا مرد له فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) اے ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب (مثل
بدل مال ملكه) كثمن المبيع وبدل القرض (او استهلكه) اے او بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) اے وجوب
البدل (بغير اقراره) اے بغير اقرار المريض بمعاينة القاضي او بالبينة (او تزوج امراة بمهر مثلها) هذا عطف
على بدل مال ملكه او استهلكه بحسب المعنى كانه قال او مهر مثل امراة تزوجها فانه ايضا من الديون المعروفة الاسباب اقول
الظاهر ان كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا المثال ايضا والا كان مما ثبت باقرار المريض فلا يصح مثالا لما تقدم
عليه من الديون المعروفة الاسباب واذا كان ذلك شرطا ايضا في هذا ايضا الا يرے في تاخير المصنف رح عن قوله وعلم وجوبه
بغير اقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعني الدين اللازم في المرض باسباب معلومة مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما



بينا اشار به الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها فان تلك العلة اعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشي في الدين اللازم في المرض باسباب معلومة
بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تتمشى في دين الصحة مطلقا اما فيما لزمه في الصحة باسباب معلومة فبناء على ان المعاين لا مرد له
واما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على ان لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا
اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له اقول ليس هذا بتام لان تلك العلة اعني قوله اذ المعاين لا مرد له لا تتمشى فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ
الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها ان لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرنا وقال صاحب العناية لما بينا انه
من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى اقول هذا التكلف مستغنى عنه فان قول المصنف رح لانه لا تهمة
في ثبوتها مع قربه في الذكر وشموله في الدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفي به في شرح قوله ههنا
لما بيناه فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما
يقتضيه تقرير صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها اقول ان اراد ان
قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين في الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من انه تكلف مستغنى عنه كما بيناه
وان اراد انه اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى ان كل واحد منهما يصلح ان يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب
مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح
وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود (ولو اقر) اے المريض (بعين في يده لآخر)
سواء كانت العين امانة او مضمونة (لم يصح) اقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) اى بما اقر به ذكر المص رح هذه المسئلة تفريعا على
مسئلة القدوري ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون
البعض) خلافا للشافعي رح ذكره المص رح هذه المسئلة ايضا تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها (لان في ايثار البعض
ابطال حق الباقين) وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عند نا نص عليه في
المبسوط وغيره وقال الشافعي رح المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف ان لا يسامحه بالابراء
بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة و
المرض في ذلك سواء) اے وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز ايثار
البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشتراك الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض في مرضه)
هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعا اعني قضى واستقرض والمعنى
الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله (او نقد ثمن ما اشترى في مرضه) اے نقد في مرضه ثمن ما اشترى
في مرضه (وقد علم بالبينة) اى والحال انه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة او بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز ان يخص المريض
المقرض والبائع بقضاء دينهما وتسليم المقبوض لهما ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل يعدله
وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط ارايت لو رد ما استقرضت بعينه او فسخ البيع ورد المبيع الكان يمتنع
سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة با وضح
من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة ان يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون
المراة والآجر لان المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا ان حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في اعيانها

وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى انه لو باع ماله ليوفى حقوقهم كان له ذلك فاما فى النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجرة ابطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصلح وجود هذا العوض فى حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى (قال) اى القدورى فى مختصره (واذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف رح القائم مقام الفاعل بقوله (يعنى الديون المتقدمة) واراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة فى المرض باسباب معلومة (وفضل شئ) هذا من كلام القدورى يعنى (وفضل شئ) من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (لم يصرف الى ما اقر به فى حالة المرض) قال المص رح فى تعليله (لان الاقرار فى ذاته صحيح) اى محمول على الصدق فى حق المقر لصدوره عن اهله فى محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد فى حق غرماء الصحة) لكونه منها فى حق الغير (فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) اى صحة اقراره فى المرض لزوال المانع (قال) اى القدورى فى مختصره (فاذا لم يكن عليه) اى على المريض (ديون فى صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف رح فى تعليله (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعنى انه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع اقول كان الظاهر فى وضع المسئلة ان يقال وان لم يكن عليه ديون فى صحته ولا ديون لازمة فى مرضه باسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة فى المرض باسباب معلومة متقدمة ايضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر ان لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون فى صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة فى مرضه باسباب معلومة (وكان المقر له اولى من الورثة) هذا من كلام القدورى ايضا قال المصنف رح فى تعليله (لقول عمر رض اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم كذا فى التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روى فى مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر رض لا عمر رض وكذا روى فى الاصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر رض انه قال اذا اقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله اقول هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافى كونه مرويا عن عمر ايضا فيجوز ان يسنده بعض الفقهاء فى النقل الى احدهما كما وقع فى الكتب التى ذكرها وبعضهم الى الآخر كما وقع فى الهداية والكافى وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين فى النقل ويؤيده ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضى الله تعالى عنهما انهما قالا اذا اقر المريض لوارثه لم يجز واذا اقر لاجنبى جاز انتهى فتدبر (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبى صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا فى الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) اى حاجة الميت (فى التكفين) والتجهيز اقول لقائل ان يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لا يتم ما ذكره المصنف رح فيما مر الفرق بين الدين الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم مناكحة بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل ثم اقول يمكن ان يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم فى المرض باسباب معلومة او تحققا ولكن فضل شئ من التركة بعد قضائهما واما اذا تحققا ولم يفضل شئ من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية ان يرفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة فى كل حال واجاب بعض الفضلاء عن الايراد المزبور بانه لم يظهر



ثبوت الدين فيما اذا اقر بدين فى مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية اقول يرد عليه انه ليس حينئذ مدار الفرق بين ما اقر به فى مرضه وبين ما لزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة فظهور ثبوت الثانى اذ المغائر لا مدخل له عدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثانى منها كما يقتضيه قول المصنف رح بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف رح هذا ويمكن التوجيه فتامل (قال) اى القدورى فى مختصره (ولو اقر المريض لوارثه لا يصح) سواء اقر بعين او بدين كما صرح به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين (الا ان يصدقه فيه) اى فى اقراره هذا (بقية ورثته) وبه قال الشافعى رح فى قول واحمد رح وهو قول شريح وابراهيم النخعى ويحيى الانصارى والقاسم وسالم وابو هاشم (وقال الشافعى رح فى احد قوليه يصح) وهو قول ابى ثور والعطار والحسن البصرى وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو اقر لابن عمه قبل اذ لم يتهم ان يزيد فى نصيبه ويتهم ان يزيد فى نصيبها دليل ما قال الشافعى رح فى احد قوليه ما ذكره المصنف رح بقوله (لانه) اى لان هذا الاقرار (اظهار حق ثابت) اى اخبار عن حق لازم عليه (لترجيح جانب الصدق فيه) اى فى هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض ادل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به (وصار) هذا الاقرار (كالاقرار لاجنبى وبوارث آخر) نحو ان يقر المجهول النسب انه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شئ من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) اى وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر فى الجامع الكبير رجل اودع اباه الف درهم فى حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه انا لو لم نعتبر اقراره يصير انه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة فى المعاينة انتهى اقول جوابهم الثانى ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة فى المسئلة المذكورة انما هو ايداع المورث تلك الوديعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض فى تلك المسئلة فوقع الكلام فى صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر فى الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة فى هذا الاقرار انا اذا كذبناه فات وجب الضمان ايضا فى تركته لانه مات مجهلا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما فى الجامع الكبير من قوله لانه لا تهمة فى هذا ففهموا ان وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق فى اقراره ام كذب لانه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب ايضا فى تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور فى الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعى رح مع ان التعليل المذكور حجة على الشافعى رح لا له وانما الصواب ان يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعى رح بما نحن فيه على تلك المسئلة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) رواه الدارقطنى فى سننه عن نوح بن دراج عن ابان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الائمة الحلوانى فى مبسوطه وحجتنا فى ذلك قوله عليه السلام الا لا وصية لوارث ولا اقرار بالدين الا ان هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضى الله عنهما اذا اقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك ماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر رض

ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى اقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
والاثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة وسلمنا تم بطلان
اقراره له بالدين وبالعين كما صرح به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا ان يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الآتي كما هو المدعى
فتأمل (ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع) اي المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة (له اصلا) اي
بالكلية (ففي تخصيص البعض به) اي ففي تخصيص بعض الورثة بماله (ابطال حق الباقين) اي ابطال حق باقي الورثة وهو جور
عليهم فيرد وتذكر ههنا ما ورد عليه من الاشكال بالاقرار في المرض بوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل
حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه خرافا وبالمرض تزداد جهة
الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال
حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف
صحته على رضى الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن
المرء في تحصيل المقصود به انشاء لا تتمكن التهمة في اقراره كذا في الكفاية ومعراج الدراية (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن
المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه (والقرابة)
تمنع عن ذلك لانها (سبب التعلق) اي سبب تعلق حق الاقرار بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص وعلى
هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المص ره ولان حالة المرض حالة الاستغناء الى آخره دليلا مستقلا على اصل
المسئلة وهو الظاهر من اسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الى آخره
فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمي انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان تقديم قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين يأبى
عن ذلك جدا لان قوله لانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل اصل المسئلة وقوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة
اخرى له مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا
على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض
حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه لولا توسط قوله ففي تخصيص البعض
به ابطال حق الباقين وعن هذا قال في الكافي ولانه اثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله
وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء ماله عند اقباله في
الآخرة فيظهر عند استغنائه حق اقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه اصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين
انتهى وقال في التبيين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم فلا يجوز لما فيه من حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه
عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر (الا ان هذا التعلق) اي تعلق حق الورثة بمال
المريض في حالة المرض (لم يظهر في حق الاجنبي) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي (لحاجته) اي لحاجة الانسان (الى المعاملة
مع الناس في الصحة) اي في حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تنقض حاجته في حالة الصحة (لانه لو انحجر عن
الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) في الصحة بناء على جواز ان يعرضه المرض فيختل مصالحه فيقع في الحرج وهو
مدفوع شرعا ولما استشعر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث



الا باب قوله (وقلما يقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل
الربح (ولم يظهر) اي وكذا لم يظهر هذا التعلق (في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا) اي لحاجة الانسان الى الاقرار
بالوارث ايضا لان الاقرار بالنسب من الحوائج الاصلية لانه يحتاج الى بقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) اي تعلق
الورثة بمال المريض في مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) اي فاذا صدق بقية الورثة المقر للوارث (فقد ابطلوه) اي
ابطلوا حقهم (فيصح اقراره) وهذا الكلام من المص ره بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان تصدقه
فيه بقية الورثة اذا (واقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب
اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية او الى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب
غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي البناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (و
القياس ان لا يجوز الا في الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه)
اي تصرف المريض (عليه) اي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب
الا ان ينفذ الا في الثلث كذا ذا اقول لقائل ان يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون
مطلق التصرف والا لزم ان لا ينفذ تصرفه في ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به احد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا ان يدعي ان كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب
الاستحسان ايضا دون القياس (الا انا نقول) في وجه الاستحسان (لما صح اقراره في الثلث) لانتفاء التهمة عن
اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين) والثلث
بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار في الثلث الباقي (ثم وثم حتى ياتي على الكل) كذا في الايضاح وعامة
المعتبرات اقول فيه شيء وهو ان الاتيان على الكل غير متصور على الوجه المذكور الا على القول بالجزء الذي لا يتجزى كما هو مذهب
المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلثة اجزاء فاخرج منها احدها وبقي جزءان امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك
الجزئين الباقيين لعدم امكان التجزي في شيء منهما واما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك
لان التثليث في كل مرتبة لا يتصل ان يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مرادهم بالاتيان على قريب من الكل لا عين
الكل حقيقة لانا نقول فح لا يتم التقريب لان المدعى جواز الاقرار لاجنبي وان احاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع
ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا يجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المذكور فيها لان المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة
الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب
ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل واجيب بان الثلث بعد الدين محل لتصرف المريض فلما اقر بدين انتقل محل
التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل لتصرف المريض وصيته وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا (قال) اي
القدوري في مختصره (ومن اقر لاجنبي) في مرضه بمال (ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه) اي ثبت نسب المقر له من المقر
(وبطل اقراره) بالمال (فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها ايضا وقال
زفر رح يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب ولنا ما ذكره المص ره بقوله (ووجه
الفرق) اي بين المسئلتين (ان دعوة النسب يستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح) بخلاف ان النسب

اذا ثبت ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين بذلك ان اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج) يعني ان الزوجية اذا ثبتت ثبتت متقصرة على زمان العقد (فيبقى اقراره لاجنبية) فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما ياتي بيانه في وصايا الجامع الصغير ولو ان المريض اقر بدين لابنه وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي اقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الاقرار انتهى (قال) اي القدوري في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) اي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنز هذا اذا طلقها بسوالها وان طلقها بلا سوالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقيده بما في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا بسوالها ثم اقر لها بدين والوضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قررنا في الجامع والمحيط غير انه لولا الاقرار ففي الوضع الاول ترثه اذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه ومع هذا لو اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه اقول قد اختلف رايا هما في استخراج هذا المقام اذ لا يطابق ما مر في كتاب الطلاق في هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هناك وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا طلقها بغير امرها ثم اني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم اظفر في شئ منها بكون الحكم واحدا في الموضعين المذكورين بل انما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة في الحكم المصفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسوال المرأة او بامرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي واما عدم تعرض المصنف رح وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيمكن ان يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح زاد ان قيد المسئلة ههنا ايضا بالقيد المذكور الا انه فسرها حيث جعلها شاملا لما كان المقر به وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا بامرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم اقر لها وبينهما بون لا يخفى قال المصنف ره في تعليل مسئلة الكتاب (لانهما) اي الزوجين (متهمان فيه) اي في هذا الاقرار (لقيام العدة) اشار بهذا الى ان وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة واما اذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز (وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله) اي فلعل الزوج (اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره بها زيادة على ميراثها) فوقعت التهمة في اقراره (ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت) اي اقل الامرين قال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اقر لامرأته بدين من مهر صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة لانه اقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو اقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها اقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المريضة اذا اقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحة او معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول يصح

**فصل** في بيان الاقرار بالنسب قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في ان ما هو كثير الدوران اهم بالبيان وافرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله) اي مثل ذلك الغلام لمثل المقر يعني بحيث يجوز ان يولد المقر له للمقر (وليس له) اي للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) اي اقر انه ابنه (وصدقه الغلام) اي فيما اذا كان يعبر عن نفسه واما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه) جواب المسئلة اي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان المقر مريضا) الى هنا لفظ القدوري



في مختصره قال المص ره في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني ان النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه) اي لان كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه) اي تصديق الغلام (لانه في يد نفسه اذ المسئلة وضعها في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين اقول ينتقض هذا بالتعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط في لزوم ما اقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان ان يقال في ذلك ايضا ان الحق له فينبغي ان لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى اقول تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى اقول هذا اظهر الوجوه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما اشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له فيقتضي الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له فلا بد من التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) اي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمتنع بالمرض) اي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره اي ويشارك الغلام المقر له بالبنوة وسائر الورثة في ميراث المقر قال المص ره في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) اي ورثة المقر بالنسب (قال) اي القدوري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد) اي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات اقول لا يذهب عليك ان المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا ايضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) اي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط ههنا ان يكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها نص عليه في الكافي والشروح (والمولى) اي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم ان هذا الذي ذكره ههنا من صحة اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ولرواية شرح الفرائض للامام سراج الدين السجاوندي ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها والله تعالى اعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف ره في تعليل مسئلة الكتاب (لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وقال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة اقراره بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني ان صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى اعلم بصحته اقول فيه بحث اما اولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد

باتفاق الروايات كما سياتي فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط واما ثانيا فلان ترد و صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشاء مما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز ان يكون دليل ذلك اقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز ان يكون دليل عدم الجواز هو النص او الاجماع او القياس الخفي الذي هو الاستحسان وكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي ايضا فالاقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة احدى الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتامل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي ان لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح ايضا اذا اخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى اقول لا نسلم ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل ابوة الزوج ايضا بناء على كونه الاصل في النسب فكانه اقر على نفسه بالانتساب اليه ايضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب الزم نفسه الانتساب اليه ولم يقل احد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى او شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) انه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والابوة لا يمنع صحة اقرارها على النسب ويستوي في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فيما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) اي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (لان فيه) اي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) اي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) اي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم (الا ان يصدقها الزوج) استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد (لان الحق له) اي للزوج فيثبت بتصديقه (او تشهد بولادته قابلة) اي او الا ان تشهد قابلة بولادته اي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها اي بولادتها اياه ففي هذه النسخة اضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلة في هذا) اي في هذا الخصوص (مقبول) اذ الغرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) اي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب ودليل التفصيل هو ان اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن اقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع ان الولد ولد لهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة او الخمسة المذكورة دون من سواهم مع ان الرجل لو اقر بالاخ بعد موت ابيه يشاركه في تركة ابيه على ما سياتي في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حيوته كما ذكر في المحيط وغيره



قلت اما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث اضاف الاب الى الولد بلام التمليك ولذلك اختص الاب بالنسب واما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب ففي صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نسبه واما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة او الخمسة ففي ثبوته على طريق العموم لا على طريق الخصوص اي ان حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك يلزم على غير المقر تقرير لصحة اقراره حتى انه اذا اقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من اب المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه واما فيما سوى الاربعة او الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر انه في موضعين احدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من اقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من اب المقر وامه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني صحة رجوع المقر عما اقر في حق من سوى الاربعة او الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم رجع عما اقر يصح حتى انه لو اوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار باخ كان ماله كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما اقر واما اخذ الاخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى له بجميع المال وباعتبار ان اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حيوته الى هذا كله اشارة في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله قال المصنف رحمه الله (ولا بد من تصديق هؤلاء) اي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين (ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر) يعني ان المقر له بالنسب اذا صدق في حال حيوة المقر يصح فكذا اذا صدق بعد موته (لان النسب يبقى بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به احكام النسب باسرها قال تاج الشريعة ولا يشكل هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل الايجاب ثمة فليس بتام لان القبول ذكر انتهى وكذا تصديق الزوجة اي (وكذا يصح تصديق الزوجة) زوجها في الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه وكذا تصديق الزوج بعد موتها اي (وكذا يصح تصديق الزوج) المرأة (بعد موتها) في الاقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من احكامه) اي من احكام النكاح وهو ما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح) تصديق الزوج بعد موتها (لان النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له ان يتزوج اختها واربعا سواها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعد موتها (عندنا) ولا عدة عليها ليصح باعتبارها كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سوال مقدر يرد على قول ابي حنيفة رحمه الله تقريره سلمنا ان تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق اصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعد موتها نظرا الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح ايضا فقيل لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه) اي لان الارث (معدوم حالة الاقرار) اي حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما يثبت) اي الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان معنى كلام المصنف رحمه الله ههنا ان التصديق يستند الى اول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتباره

صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم فتنئذ واما المعنى الذى ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف رح اصلا ليس بسديد ههنا اما اولا فلانه لم يقل احد بان التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم ان يقال فى الجواب عنه لا يمكن ان يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذى هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق واما ثانيا فلان ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع انه يجرى ان يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن ان يثبت بثبوت النكاح واما ثالثا فلانه يلزم حينئذ ان يكون قول المص رہ فانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ويفسد بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه اقول جوابه ليس بتام لان العدة ايضا غير لازمة للموت عن نكاح عند ابى حنيفة رح لجواز ان تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمى او يكون حربية خرجت الينا مسلمة او ذمية او مستامنة ثم اسلمت او صارت ذمية فانه لا عدة عليها فى هذه الصورة عند ابى حنيفة رحمه الله اذا لم تكن حاملا كما تقرر فى محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول ابى حنيفة رح فالجواب المزبور لا يدفعها على اصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية فى هذا المقام الظاهر ان مراد صاحب الهداية ان التصديق يستند الى حالة الاقرار وفى تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فمتى صححنا الاقرار صححنا لاثبات الارث ايضا فيكون التصديق واقعا فى شئ وهو فى الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح واشير اليه هنا فى النهاية فلا ترد المعارضة اصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا فى نكاح معدوم من كل وجه الى هنا كلامه اقول نعم اشير الى ذلك المعنى فى النهاية وغيرها لكن قوله فلا يرد المعارضة اصلا فممنوع لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدى نفعا اذ الكلام فى المعتدة بالموت وان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالموت ايضا فممنوع بل وجوبها فى المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به فى النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المص رہ فانه لم يعين ان المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله اراد مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت فى حال النكاح ايضا ولو عنيه لا يمكن ان يقال اراد بالعدة ما يلازمها من مثل ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه اقول ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من دون متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضى سقوط الفرع عن حيز ذلك ايضا فالاشكال باق وان قيل اذا اقر رجل لرجل لعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث فى مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء للمالك الرقبة لانه فى حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدا كذا فى الاسرار والايضاح وغيرهما (قال) اى القدورى فى مختصره (ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بها ايضا



فى الكافى (لا يقبل اقراره فى النسب) وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر فى التحفة وغيرها (لان فيه) اى فى هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) فان فى الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن اب المقر لا يكون اخا له وفى الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عما له وفى الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفى الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر لا يكون جد المقر ما لم يثبت ابوته من ابيه (فان كان له) اى للمقر بنحو ما ذكر (وارث معروف قريب) كاصحاب الفروض والعصبات (او بعيد) كذوى الارحام (فهو) اى الوارث المعروف (اولى بالميراث من المقر له) حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبه) اى نسب المقر له (منه) اى من المقر (لا يزاحم الوارث المعروف) قال فى النهاية قوله فان كان له وارث بالغا بعد قوله لا يقبل اقراره فى النسب وقع فى محزه لان هذا نتيجة ذلك فصورة ذلك ان الرجل اذا اقر فى مرضه باخ له من ابيه وامه وبابن ابن له ثم مات وله عمة او خالة او مولى موالات فالميراث للعمة والخالة او المولى ولا شئ للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) اى للمقر (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لان المقر شيئين النسب وباستحقاق ماله بعده وهو فى الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفى الثانى مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصى بجميعه) اى بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك (عند عدم الوارث بعده فيستحق المقر له جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه) اى فى الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) اى هذه الصورة او القضية يعنى الاقرار المذكور (وصية حقيقة) اوضح ذلك بقوله (حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعنى اى الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) اى الاخ والموصى له بجميع ماله نصفين لكنه استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة اى لكن الاقرار المذكور (بمنزلتها) اى بمنزلة الوصية بتاويل الايصاء ولعمرى ان المص رہ يفرط فى المساهلة فى امر التذكير والتانيث فى كتابه هذا كما ترى ومن ذلك انه اشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظه هذه وراجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر (حتى لو اقر فى مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كل لانسان) ومات ولا وارث له (كان) ماله جميعا (للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه) اى رجوع المقر المزبور (صحيح) يعنى ان انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغى لك ان تعرف ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك واما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته (قال) اى القدورى فى مختصره (ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا) ان فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه فى الميراث) اى يشارك المقر له بالاخوة المقر فى الارث من ابيه وبه قال مالك رہ واحمد رح واكثر اهل العلم وقال الشافعى رہ لا يشاركه فى الارث لعدم ثبوت النسب وحكى ذلك عن ابن سيرين وقال المصنف رح فى تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) احدهما (حمل النسب على الغير ولا ولاية له) اى للمقر (عليه) اى على الغير فلا يثبت والثانى (الاشتراك فى المال وله فيه ولاية) لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع (كالمشترى اذا اقر على البائع العتق) اى بعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل

اقرارہ) سے حق الرجوع بالثمن علے البائع (علیہ حتے لا یرجع علیہ بالثمن) لکونہ اقرارا علے الغیر فی حق الرجوع بالثمن (ولکنہ یقبل) اقرارہ (فی حق العتق) حتے یعتق علیہ ما اشتراہ لکونہ اقرارا علی نفسہ فی حق ذلک واعلم انہ اذا قبل اقرارہ فی حق نفسہ یستحق المقر لہ نصف نصیب المقر عندنا وعند مالک رہ وابن ابی لیلے یجعل اقرارہ شائعا فی الترکۃ فیعطے المقر من نصیبہ ما یخصہ من ذلک حتے لو کان لشخص مات ابوہ اخ معروف فاقر باخ آخر فکذبہ اخوہ المعروف فیہ اعطے المقر نصف ما فی یدہ عندنا وعندہما ثلث ما فی یدہ لان المقر اقر لہ بثلث شائع فی النصفین فینفذ اقرارہ فی حصتہ وبطل ما کان فی حصۃ اخیہ فیکون لہ ثلث ما فی یدہ وہو سدس جمیع المال والسدس الآخر فی نصیب اخیہ فبطل اقرارہ فیہ ونحن نقول ان فی زعم المقر انہ یساویہ فی الاستحقاق والمنکر ظالم بانکارہ فیجعل ما فی یدہ کالہالک فیکون الباقی بینہما بالسویۃ ولو اقر باخت اخذت ثلث ما فی یدہ عندنا وعندہما تاخذ خمسہ ولو اقر ابن وبنت باخ وکذبہما ابن آخر معروف یقسم نصیب المقر بین عندنا اخماسا وعندہما ارباعا والتخریج ظاہر ولو اقر بامرأۃ انہا زوجۃ ابیہ اخذت ثمن ما فی یدہ ولو اقر بجدۃ صحیحۃ اخذت سدس ما فی یدہ فیطالب ما فی یدہ کما یطالب لو ثبت ما اقر بہ ولو اقر احد الابنین المعروفین بامرأۃ انہا زوجۃ ابیہما وکذبہ الآخر اخذت تسع ما فی یدہ عندنا وعند مالک وابن ابی لیلی لہا ثمن ما فی یدہ لان فی زعم المقر ان للمرأۃ ثمن ما فی یدی الابنین الا ان اقرارہ صح فی ما فی ید نفسہ ولم یصح فی حق صاحبہ واذا صح فی حق نفسہ یعطیہا ثمن ما فی یدہ ونحن نقول ان فی زعم المقر ان الترکۃ بینہم علی ستۃ عشر سہما للزوجۃ سہمان ولکل ابن سبعۃ اسہم فلما اخذ اخوہ اکثر من حقہ فی زعمہما صار ذلک کالہالک فیقسم النصف الذی فی ید المقر بینہ وبینہا علی قدر حقہما ویجعل ما حصل الباقی وہو سبعۃ علی تسعۃ اسہم فتضرب ہی بقدر حقہا وہو سہمان ویضرب المقر بقدر حقہ وہو سبعۃ اسہم کذا فی التبیین والبدائع والایضاح ثم اعلم انہ لا یثبت النسب فی حق المیراث باقرار وارث واحد وانما یثبت باقرار رجلین او رجل وامرأتین من الورثۃ وقال ابو یوسف رح والحسن رح والشافعی رہ کل من یحوز لہ المیراث یثبت النسب بقولہ وان کان واحدا والاول اصح اعتبارا للاقرار بالشہادۃ کذا ذکرہ الزاہدی فی شرح مختصر القدوری نقلا عن شرح الاقطع وتوضیحہ ما ذکرہ صاحب البدائع من ان الاقرار بنحو الاخوۃ اقرار علی غیرہ لما فیہ من حمل نسب غیرہ علی غیرہ فکان شہادۃ وشہادۃ الفرد غیر مقبولۃ بخلاف ما اذا کان اثنین فصاعدا لان شہادۃ رجلین او رجل وامرأتین فی النسب مقبولۃ (قال) اے محمد رحمہ اللہ فی الجامع الصغیر (ومن مات وترک ابنین ولہ) اے للمیت (علے آخر مائۃ درہم فاقر احدہما) اے احد الابنین (ان اباہ قبض منہا) اے من المائۃ (خمسین لا شئ للمقر) اے لا شئ من المائۃ للابن المقر (وللآخر) اے وللابن الآخر (خمسون) منہا یعنی کان للابن الآخر ان یاخذ خمسین من الغریم بعد ان یحلف باللہ ما یعلم ان اباہ قبض منہ المائۃ (لان ہذا) اے لان اقرار احد الابنین بما ذکر (اقرار بالدین علی المیت لان الاستیفاء) اے استیفاء الدین (انما یکون بقبض مضمون) لما ان الدیون تقضی بامثالہا فیجب للمدیون علے صاحب الدین مثل ما لصاحب الدین علیہ فیلتقیان قصاصا واقرار الوارث بالدین علی المیت یوجب القضاء علیہ من حصتہ خاصۃ (فاذا کذبہ) اے کذب المقر (اخوہ استغرق الدین نصیبہ) اے نصیب المقر (کما ہو المذہب عندنا) احترازا عن قول ابن ابی لیلے فان ہلاک الدین علی الغیر بسبب الاقرار یختص عندنا بنصیب المقر وعند ابن ابی لیلی یشیع فی النصیبین کذا فی اکثر الشروح وقال فی الکفایۃ خلافا للشافعی رہ فعندہ یشیع فی النصیبین وقال فی معراج الدرایۃ وبما ہو المذہب عندنا قال الشافعی رح فی قول واحمد رح یلزمہ نصف الدین وہو قیاس مذہب مالک رہ وبہ قال النخعی والحکم والحسن رہ واسحق وابو عبیدہ وابو ثور انتہی قال صاحب العنایۃ وعورض بان صرف اقرارہ الی نصیبہ خاصۃ یستلزم قسمۃ الدین قبل القبض وہی لا تجوز والجواب ان قسمۃ الدین انما تکون بعد وجود الدین واذا اقر المقر بقبض خمسین قبل موتہ لم ینتقل علی زعمہ من الدین الا الخمسون فلم یتحقق القسمۃ انتہی اقول الجواب المزبور لیس بشاف لان



حاصلہ عدم لزوم قسمۃ الدین قبل القبض علی زعم المقر وزعم المقر انما یؤثر فی حق نفسہ لا فی حق الغیر فیکفی فی المحذور لزوم ذلک علی زعم الآخر فان قسمۃ الدین قبل القبض لا تجوز بالنظر الی کل احد فالاظہر عندی فی الجواب ان یقال قسمۃ الدین قبل القبض انما لا تجوز فی القسمۃ الحقیقیۃ واما فی القسمۃ الحکمیۃ کما نحن فیہ فعدم جوازہا ممنوع ویؤیدہ ما صرحوا بہ فی فصل الدین المشترک من کتاب الصلح بان القسمۃ قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتامل قال المصنف رح (غایۃ الامر انہما) اے الابنین (تصادقا علے کون المقبوض مشترکا بینہما) ای علی کون الخمسین الباقی علی الغریم الذی یقبضہ الابن المنکر مشترکا بین الابن المقر والابن المنکر ہذا جواب سوال مقدر تقریرہ ان جمیع الدین کان مشترکا بینہما فکذلک کل جزء من اجزائہ یکون مشترکا بینہما فما ہلک یہلک مشترکا وما یبقے یبقے مشترکا فالابن المنکر لما جحد الہلاک لم ینکر الاشتراک فی شئ من اجزائہ والابن المقر وان زعم ان بعض اجزائہ ہالک الا انہ لم ینکر الاشتراک فیما یبقے بعد الہلاک فہما تصادقان فی الاشتراک فی الباقی المقبوض فینبغی ذلک ان یکون بینہما نصفین ویرجع المقر علے القابض بنصف ما قبضہ فاجاب بانہما وان تصادقا علے کون المقبوض مشترکا بینہما (لکن المقر) لا یرجع علی القابض بشئ لعدم الفائدۃ (اذ لو رجع علی القابض بشئ لرجع القابض علے الغریم) بقدر ذلک علی زعمہ ان اباہ لم یقبض شیئا من الغریم وان تمام الخمسین بسبب سابق (ورجع الغریم) ایضا (علے المقر) بقدر ذلک لانتقاض المقاصۃ فی ذلک القدر وبقائہ دینا علے المیت بموجب اقرارہ والدین مقدم علی الارث (فیؤدی الی الدور) ولا فائدۃ فیہ وقد قرر صاحب العنایۃ السوال والجواب ہہنا بوجہ آخر حیث قال فان قیل زعم المقر یعارضہ زعم المنکر فان فی زعمہ ان المقبوض علی الترکۃ کما فی زعم المقر والمنکر یدعی زیادۃ علی المقبوض فتصادقا علی کون المقبوض مشترکا بینہما فی المرجح لزعم المقر علے زعم المنکر حتے انصرف المقر بہ الی نصیب المقر خاصۃ ولم یکن المقبوض مشترکا بینہما اجاب بقولہ غایۃ الامر انہما تصادقا علی کون المقبوض مشترکا بینہما لکن المقر لو رجع یعنی ان المرجح ہو ان اعتبار زعم المنکر یؤدی الی عدم الفائدۃ بلزوم الدور انتہی اقول کل واحد من تقریر السوال والجواب علی الوجہ الذی ذکرہ مختل اما تقریر السوال فلان حدیث معارضۃ زعم المقر زعم المنکر وترجیح زعم المقر علی زعم المنکر مما لا مساس لہ بکلام المصنف رہ ہہنا لانہ قال غایۃ الامر انہما تصادقا علی کون المقبوض مشترکا بینہما ولا شک ان التصادق ینافی التعارض والترجیح فکیف یحمل کلامہ علی ذلک والعجب ان صاحب العنایۃ ادرج تصادقہما ایضا فی اثناء تقریر السوال وفرع علی تعارض زعمیہما حیث قال فتصادقا علی کون المقبوض مشترکا بینہما ثم طلب الترجیح بقولہ والمرجح لزعم المقر علے زعم المنکر ولا یخفے ان فی نفس ہذا التقریر تعارضا وتناقضا واما تقریر الجواب فلان المفہوم من قولہ یعنی ان المرجح ہو ان اعتبار زعم المنکر یؤدی الی عدم الفائدۃ بلزوم الدور ہو ان لزوم الدور انما یکون باعتبار زعم المنکر دون زعم المقر ولیس کذلک بل لزوم الدور انما یکون باعتبار زعم المقر دون زعم المنکر لان رجوع الغریم علی المقر بالآخرۃ انما ہو علی زعم المقر ان اباہ قبض منہ الخمسین وانما بقے علیہ الخمسون المقبوض واما علے زعم المنکر وہو ان اباہ لم یقبض منہ شیئا فلا رجوع للغریم علی المقر بشئ بل یلزمہ ان یعطے المقر ایضا مثل ما اعطاہ المنکر فلا یلزم الدور تدبر تقف ثم قال صاحب العنایۃ ولقائل ان یقول اذا کان من زعم المنکر ان اباہ لم یقبض شیئا کان من زعمہ ان اخاہ فی اقرارہ ظالم وہو فیما یقبضہ اخوہ منہ مظلوم فلا یرجع علے الغریم بشئ لان المظلوم لا یظلم غیرہ والجواب ان المظلوم لا یظلم غیرہ ولکنہ فی زعمہ لیس فی الرجوع ظالما بل طالب لتمام حقہ انتہی اقول فی الجواب نظر لان الخمسین الذی قبضہ المنکر من الغریم اولا ان کان تمام حق المنکر لم یکن ہو فی رجوعہ علی الغریم بعد ذلک طالبا لتمام حقہ اذ لیس حقہ فی المائۃ زائدا علے الخمسین حتے یکون طالبا لتمامہ وان لم یکن المقبوض اولا تمام حقہ بل کان بعض حق اخیہ لم یکن ہو فیما یقبضہ اخوہ منہ مظلوما وسوق الجواب المزبور علے تسلیم مظلومیتہ کما ترے فالحق فی الجواب ان یقال لا نسلم انہ اذا کان من زعم المنکر ان اباہ لم یقبض شیئا کان فی زعمہ انہ فیما یقبضہ اخوہ منہ مظلوم کیف وہما متصادقان

على كون ما قبضه من الغريم اولا مشتركا بينهما كما تقرر نعم يجوز ان يكون من زعم المنكر ذلك ان اخاه ظالم لنفسه حيث نقض البطل حقه في المائة باقراره بان اباه قبض منها الخمسين

# كتاب الصلح

قدم مناسبة الصلح بالاقرار في اول كتاب الاقرار ثم الصلح في اللغة اسم المصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية اخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه سياتي في الكتاب ان الصلح اذا وقع عن اقراره فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت او انكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح عن ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت او انكار وجب ان لا يتم الصلح لقول المدعي فعلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت او انكار انما هو في حق المدعي واما في حق المدعى عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله ايضا حتى يتحقق الافتداء وينقطع الخصومة واما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها والحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا كما سيجيء فينبغي ان يتم هناك ايضا بقول المدعي فعلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا للدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين واما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الى آخره في تعليل قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعى وهو ركنية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح من اقرار وكان عن مال بمال فتامل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ولانواعه شروط آخر سياتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية اخذا من النهاية وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك او لا انتهى اقول فيه كلام وهو ان المصالح عليه ايضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك لترك الدعوى فانهم صرحوا بانه اذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فيجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعى عليه اياه وبراءته عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعي اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك امر ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر الى الآخر وهو لا يحتمل التمليك قطعا قلنا فما ذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى

والعفو



والعفو من الجانبين اذ لا شك انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصورة تملك المدعي المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما في دعوى الآخر يبقى ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار فانه جائز كما سياتي في الشروح وحمل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستروشني ثم انه يملك هناك المدعي المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في احد الجانبين طردا وعكسا فتامل **(قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار)** قوله الصلح على ثلثة اضرب الخ قال في العناية الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى اقول يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار القسمة الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي ويفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسمة معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن ان يقال المراد بالسكوت في قوله اما ان يسكت او يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم اصلا فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما ان يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى ان المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو ان لا يتكلم اصلا **(وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا)** قوله وكل ذلك جائز لاطلاق الخ تسامح المصنف رحمه الله ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى مع انه لا يذهب عليك ان الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق قوله الا انهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في امثال هذا اعتمادا على ظهور المراد وتنبيها على فائدة يفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع انه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف رحمه الله لاطلاق قوله تعالى اي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى انهم اولوا مثل جرد قطيفة واخلاق ثياب بما يخرج به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف في حل كلام المصنف ههنا على ذلك واما ثانيا فلان الصفة في قوله المطلق وهو المطلق لا الاطلاق والكلام في توجيه اطلاق قوله فلا يجدي حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيئا بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصلحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى ان يصلحا في سياق الشرط وكان مستقبلا فقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه انتهى اقول ان الجواب الاول والثالث من هذه الاجوبة الثلثة ليس بتام اما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئا في دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ لحمل اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدي نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه واريد تخصيصه بخصوص السبب واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والصلح خير كان في الحال ان التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال اي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم لكن هذا لا ينافي ان يكون تحقق مدلوله في الاستقبال الا يرى انك اذا قلت الامر الذي يحدث غدا خير فلا شك ان تكلمك بهذا الكلام

والمبارك به كائن في الحال واما تحقق ذلك الامر واتصافه بالجزئية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن اياه بل جنسه وان هذا لكن الصلح الذي اخبر بانه خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح اخذا من الاسرار. ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير ان ذكر التعليل هو ان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول واما التقرير المطابق لقواعد المعقول فهو انه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول كانه قيل فان هذا صلح والصلح خير وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب ايضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لابدل الفاء بالواو انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ذاك الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى اخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلوة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما اشرنا اليه فيما مر واداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على اول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا اصلا تدبر ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمناه يعني الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى اقول يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز انه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو انه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكان في معنى الخلع ثم اقول توجيهه ان بعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال المزبور فيما اورده الشافعية فهم اخذوا في هذه المسئلة واخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية اجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل واخرى بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع واما صاحب غاية البيان فتعرض لهما حتى قال في الجواب ههنا على انا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا انكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسئلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما اوردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة) قوله وقال الشافعي رح لا يجوز الخ قلت كان الاظهر ان يقال لآخر ما روينا الان لا حجة عليه لاله (ولنا ما تلونا واول ما روينا) قوله ولنا ما تلونا الخ كرر ذكرها تاكيدا وتوطئة لقوله وتاويل آخره الى آخره والا لا كفى ههنا بيان هذا التاويل مع بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي رح والجواب عنه تم بيانه اقول بقي ههنا اشكال في قوله واول ما روينا وهو ان المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر من آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من اوله وقد تقرر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان يتأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتاويل آخره احل حراما بعينه الى آخره متصل من حيث المعنى



بقوله واول ما روينا في اصل الكلام ان لنا اول ما رويناه مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل لكن الانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كما نبهنا عليه فالاولى ان تطرح من البين (وتاويل آخره احل حراما بعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة) وتاويل آخره احل حراما الخ وحمله على هذا احق لان الحرام المطلق ما هو حرام بعينه والحلال المطلق ما هو حلال بعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك انه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه انتهى اقول في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه فقط لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير ان يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير ان يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه ايضا فمدار التاويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظا الحرام والحلال دون لفظ الصلح فالحق في التقرير ان يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على احلال الحلال وتحريم الحرام ثم ان بعض الفضلاء رد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بان قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في الحق اصلا غاية الامر ان يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على انه ليس كذلك ايضا اذ يجوز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو ان يزيد درهما في بدل الصلح وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليهما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين ايضا (ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز) قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه ائمتنا من جواز الصلح مع انكار او سكوت ايضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي رح مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي عام لانا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي الى احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ واما الدليل على انه محمول على ما ذكر غير مجري على عمومه انتهى اقول الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قال وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية

ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة) قوله فان وقع الصلح عن اقرار الخ هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما صرح به اراد ان يبين ضابطة يعرف بها انه على اي عقد يحمل اقول ليست هذه الضابطة بتامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال او بمنفعة كما اذا اوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة او على خدمة عبد شهرا او على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز على ما صرح به في اول الفصل الآتي مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ايضا لما سيأتي في الكتاب مع انه ليس بمذكور ايضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من هذا الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شئ منها بداخل ايضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها اصلا فكانت قاصرة عن تمام افادة المراد لا يقال يستغنى عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب لانا نقول قد ذكر هناك ما ذكره ههنا ايضا بان قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى واما فيما اذا وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربوا صرح به في التبيين وغيره (قال والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك) قوله والصلح عن السكوت الخ اشارة الى ما ذكره بقوله لان المدعي ياخذ عوضا عن حقه في زعمه اقول ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وانكر المدعى عليه او سكت ودفع المدعي الى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح واخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرح به مع انه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور ان يعاوض انسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرح به ايضا (قال واذا صالح عن دار لم يجب فيه الشفعة قال معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت وانكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر



المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شئ يقابله فرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قوله او يلحق به ذكر البراءة من دعوى الباقي قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي ان يقول قد برئت من هذه الدار او يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاءت بينة لا تقبل اما لو قال برأتك عن هذه الدار او قال قد ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا واشباهه باطل وله ان يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين قوله ابرأتك فان في قوله ابرأتك انما ابراه عن ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال ابرأتك منه كان له ان يدعيه وانما ابراه عن ضمانه كذا في الذخيرة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المص ره او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عموم صحة الصلح على بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه باحد الامرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والا لصح الصلح عن ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله برئت من دعواي في هذه الدار واما ثانيا فلان قوله فان في قوله ابرأتك انما ابراه من ضمانه لا من الدعوى انما يتمشى في قوله ابرأتك عن هذه الدار لا في قوله ابرأتك عن خصومتي لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل ايضا بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فان المذكور هناك في جانب الابراء انما هو قول الآخر ابرأتك منه لا غير فتبصر

## فصل

لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر) قوله والصلح جائز الخ هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المص ره في تعليله لانه في معنى البيع على ما مر اقول ههنا شئ وهو ان قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان اجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف ره بقوله لانه في معنى البيع على ما مر لظهور ان الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم ان لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه معقود لبيان انواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقييدا من المقيد بلا ضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه ايضا كان معلوما فيما مر (والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح) قوله والمنافع بالجر عطف على الاموال اي وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المصنف ره في تعليله لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح اقول لقائل ان يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال واذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز وبقياسه

ان لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من احد ببدل ولهذا لو اجرها منهم لا يصح الا انا نقول بان هذا ليس تمليك ايا هم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح لفظة تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط فان لم يكن تصحيحه تمليكا امكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من احد لم يصح التعليل بجواز الصلح عن تلك المنفعة بان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم اقول يمكن ان يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها حقيقة الا انه يقدر على تمليكها حكما من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل وقد اشار اليه الامام الاسبيجابي بقوله وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم فمعنى تعليل المص ره ان جنس المنافع تملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا اجر ملكه وكذا يملك حكما بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين قال الامام النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده او اقر به وصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر وانت خبير بما بين ما نقل من الامام الاسبيجابي والكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتامل انتهى اقول المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو انه جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده انه كما جاز اخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار سنة وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز اخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى يلزم المخالفة ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز ايضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا او لبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة فان مدلولها جواز الصلح عن المنفعة على المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين حيث جوز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به الاجارات انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفي الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فليتامل (**والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن**) قوله والاصل ان الصلح الخ احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن اقول لقائل ان يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما مر جوابه فما امكن حمل مثله على شيء من العقود وغير ظاهر سيما اذا وقع عن ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتامل (**قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رض انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانها**



**موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فمالك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه**) قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح الخ قال الشراح في شرح قوله حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا اي لا يقال كل ما صلح بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على اقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة صداقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على ان يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا قالوا ان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم اقول هنا اشكال وهو انه اذا صح ان يكون بدل المال في جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم ان لا يصح قول المصنف رح اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف رح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى غير دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو صالحه على ذلك ابدا او على ما في بطن امته او على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتهى اقول فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم انه لم يصح صداقا فكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بيان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكروا يبتني على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لان لا يصلح صداقا فان جهالة تفسد التصالح فيما احتيج فيه الى التسليم وتسليم كما تقرر فيما مر وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد فهو جائز والا فلا والوصيف يصلح مهرا في النكاح ويصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله والا فلا فليتامل فان فيه مخالفة اخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض اقول لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا صح الصلح به مهرا في النكاح وهذا امر لا سترة به (**واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على البعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز**

الصلح من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض من حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة
نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما شرعه اسلى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد
على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امرأة
نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه
بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان
مبطلا في دعوته قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضـ هكذا ذكره في بعض
نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز) قوله والثاني وهو جناية الخطاء الخ اقول فيه شيء وهو انهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس ما استحق
المدعي على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وسياتي ذلك في الكتاب ايضا في باب
الصلح في الدين ولا يخفى ان الصلح عن جناية الخطاء اذا كان على احد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضي القاضي باحد منها بعينه
او كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم الاطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتامل
(وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى) قوله وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها
اي ان يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال
صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال
عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة
عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد ان يجعل
ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط اصل المهر فلا بد ان يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه
(فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى
فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة
الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى
عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فيجازيه الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل وثبتت
الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز
ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعا فكذا استخلاصها بمال المولى وصار كالاجنبي
اما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال ومن
غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رح وقالا يبطل الفضل على
قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على
عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر
الزيادة ولابي حنيفة رح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك المولى اخذ القيمة يكون الكفن عليه
قوله فان جعل ترك الدعوى الخ اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما الفرقة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من
الشروح اقول لمانع ان يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها اصل المهر اذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها عند اثباتها



النكاح فجاز ان يعطي الزوج العوض ليسلم له اصل المهر في ضمن ما يتبع الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز ان يكون مراد المص رح
فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني ان الصلح
ان جعل في هذه الفرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا امكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى ويشير اليه قول
صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا امكنت بابن زوجها انتهى فما ذا حال هذا المعنى
قلت يرد عليه ايضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة
كما اذا امكنت ابن زوجها واما اذا كانت مباشرتها بسبب الفرقة برأي الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذ كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث
تصالحا عنه على مال فلو سلم فلا نسلم ان وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض الا يرى انه لو قال رجل لامرأته
طلقي نفسك او قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في
ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا امكنت ابن
زوجها فكذا هنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان
العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح
بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على
اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص
عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه
على عرض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل) قوله او حقه في مثله صورة ومعنى الى آخره قال صاحب العناية وفي كلام المصنف رح
تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا
اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه اقول قد غلط في استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف رح على التسامح ومنشأ ذلك انه زعم
ان مراد المصنف رح بالحق في قوله او حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور في القيميات لان اخذ المثل فرع وجوده
ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف رح به ذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق الملك بجهة ان الواجب
في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات ايضا وان لم يتصور حق الاخذ الا في
المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلنا
ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بان قال والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا الاعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز
بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب
في رقبة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه
هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في
الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا عند الاخذ فيصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بسابقة التقويم والاخذ
والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى
اعلم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر
الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل

ذلک اشارة الى ان المثلی اذا انقطع حکمه کالقیمی لا ینتقل فیه الى القیمة الا بالقضاء فقبله ان تراضیا على الاکثر کان اعتیاضا فلا یکون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القیمة انتهى اقول عذره اقبح من ذنبه لان المصنف رح ههنا لیس بصدد بیان المسئلة حتى یفید اشارة الى اشتراک المسئلتین فی الحکم شیئا بل هو ههنا فی مقام الاستدلال على قول ابی حنیفة رح فی الصلح عن الثوب المستهلک على اکثر من قیمته فان لم یقدر الدلیل الذی ذکره المدعى بناء على کون المدعى فی القیمی وکون الدلیل مخصوصا بالمثلی کما زعمه لا یتم المطلوب فیختل الکلام لعدم الیفائه حق المقام ولا تجدی الاشارة الى امر اجنبی عن الصدد نفعا کما لا یخفى

## باب التبرع بالصلح والتوکیل به

قال صاحب النهایة لما کان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغیره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان فی العمل لغیره متبرع واقتفى اثره صاحب الغایة وصاحب العنایة اقول ان قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح لیس بسدید اذ لو کان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغیره وکان قول المص رح والتوکیل به مستدرکا لیتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغیره ما حصل بالتوکیل به ایضا فالحق عندی ان المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغیر امره وبالتوکیل به هو الصلح عنه بامره وکلتا الصورتین مذکورتان فی هذا الباب فیسلم ما ذکر فی عنوان الباب عن الاستدراک بلا شئ وهو ان التوکیل بالصلح فعل الموکل هو متصرف فیه لنفسه فلا یتم وجه التقدیم الذی ذکروه بالنظر الى قول المصنف فی عنوان التوکیل به والجواب ان التوکیل المذکور فی العنوان مصدر من المبنی للمفعول فیرجع الى معنى التوکیل وهو یصرف الغیر فان قلت فلم لم یقل والتوکل به بدل قوله والتوکیل به حتى لا یحتاج الى البیان بانه مصدر من المبنی للمفعول قلت فائدة التعبیر عن التوکل بالتوکیل هی الایماء الى ان المراد التوکل الحاصل بالتوکیل وهو التوکل بامر الغیر الذی هو الموکل لا المباشرة بنفسه بدون امر الغیر وهو التبرع بالصلح فیندفع به توهم الاستدراک تامل فانه معنى لطیف (قال ومن وکل رجلا بالصلح عنه فصالح لم یلزم الوکیل ما صالح عنه الا ان یضمنه والمال لازم للموکل

قوله والمال لازم للموکل الخ قال صاحب النهایة ومعراج الدرایة وفی شرح الاقطع والمال لازم على الموکل انتهى وقال صاحب غایة البیان اللام فی للموکل بمعنى على کما فی قوله تعالى وان اسأتم فلها اى فعلیها واقتفى اثره صاحب العنایة حیث قال والمال لازم للموکل اى على الموکل کما فی قوله تعالى وان اسأتم فلها اى فعلیها انتهى اقول لا وجه لجعل اللام فی قوله المال لازم للموکل على معنى على لان الموکل متعلق بلازم وکلمة اللزوم تتعدى بنفسها او بالباء یقال لزمه ولزم به ولا تتعدى بعلى فلو جعل اللام هذا بمعنى على لزم تعدیة اللزوم بعلى ولم نسمع قط والصحیح ان یبقى اللام فی عبارة الکتاب على حالها ویکون اتیانها لتقویة العمل فالمعنى والمال یلزم الموکل وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدیة بانفسها لتقویة العمل شائع فی کلام العرب بخلاف قوله تعالى وان اسأتم فلها لان اللام فی فلها هناک متعلق بمقدر کما لا یخفى فیجوز ان یقدر ما یصلح ان تکون کلمة على صلة له فلا ضیر فی ان یجعل اللام هناک على معنى على تامل تقف (وتاویل هذه المسئلة اذا کان الصلح عن دم العمد او کان الصلح على بعض ما یدعیه من الدین لانه اسقاط محض فکان الوکیل فیه سفیرا ومعبرا فلا ضمان علیه کالوکیل بالنکاح الا ان یضمنه لانه حینئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا کان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البیع فیرجع الحقوق الى الوکیل فیکون المطالب بالمال هو الوکیل دون الموکل قال وان صالح عنه رجل بغیر امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى علیه لیس الا البراءة فی حقها الاجنبی والمدعى علیه سواء فصلح اصیلا فیه اذا ضمنه کالفضولی بالخلع اذا ضمن البدل ویکون متبرعا على المدعى علیه کما لو تبرع بقضاء الدین بخلاف ما اذا کان بامره ولا یکون لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلک للذی فی یده لان تصحیحه بطریق الاسقاط ولا فرق



فی هذین ما اذا کان مقرا او منکرا وکذلک اذا قال صالحتک على الفی هذه او على عبدی هذا صح الصلح ولزمه تسلیمه لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسلیمه فصح الصلح وکذلک لو قال على الف وسلمها لان التسلیم الیه یوجب سلامة العوض له فیتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتک على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى علیه جاز ولزمه الالف وان لم یجزه بطل لان الاصل فی العقد انما هو المدعى علیه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولی یصیر اصیلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم یضف بقی عاقدا من جهة المطلوب فیتوقف على اجازته قال رض ووجه آخر ان یقول صالحتک على هذه الالف او على هذا العبد ولم ینسبه الى نفسه لانه لما عینه للتسلیم صار شارطا سلامته له فیتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عیبا فرده فلا سبیل له على المصالح لانه التزم الایفاء من محل بعینه ولم یلتزم شیئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم یسلم لم یرجع علیه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زیوفا حیث یرجع علیه لانه جعل نفسه اصیلا فی حق الضمان ولهذا یجبر على التسلیم فاذا لم یسلم له ما سلمه یرجع علیه ببدله) قوله وتاویل هذه المسئلة اذا کان الصلح الى آخره قال صاحب النهایة وهذا الذی ذکره من التاویل لا یکفی لتاویل المسئلة فان فیه قیدا آخر وهو انه اذا کان الصلح على الانکار فلا یجب بدل الصلح على الوکیل من شئ وان کان الصلح فی المعاوضات لانه ذکر فی المبسوط فی باب الصلح فی العقار ولو ادعى رجل فی دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغیر امره الى ان قال ولا یجب المال على المصالح الا ان یضمنه للذی صالحه لان الصلح على الانکار معاوضة باسقاط الحق فیکون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلک جائز مع الاجنبی کما یجوز مع الخصم انتهى واقتفى اثره کثیر من الشراح فی ان ما ذکره المصنف رح لا یکفی لتاویل المسئلة بل لا بد فیه من قید آخر وهو ان لا یکون الصلح فی المعاوضات على الانکار اقول یمکن ان یقال یستغنى عنه بما ذکره المصنف رح فان قوله اما اذا کان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البیع فیرجع الحقوق الى الوکیل من تتمة تاویله ومقصوده منه تعمیم جواب المسئلة لکل ما لم یکن الصلح عن مال بمال بطریق المفهوم کانه قال وفیما سوى ذلک لا یرجع الحقوق الى الوکیل بل تلزم الموکل کما ذکر فی جواب المسئلة وفائدة التنبیه على ان ما ذکره فی ابتداء التاویل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما یدعیه من الدین انما هو بطریق التمثیل لا بطریق تخصیص جواب المسئلة بذلک فان تخصیصه بذلک لیس بصحیح لجریانه قطعا فی غیر ذلک کالصلح عن جنایة العمد فیما دون النفس والصلح عن کل عقد یکون الوکیل فیه سفیرا محضا کالنکاح والخلع وغیرهما واذ قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانکار فی جواب هاتیک المسئلة وان کان الصلح فی المعاوضات اذ قد تحقق فیما مر ان الصلح على الانکار فی حق المدعى علیه انما هو لافتداء الیمین وقطع الخصومة وانما هو معاوضة فی حق المدعى وانه یجوز ان یختلف حکم العقد فی حقهما فلم یکن الصلح على الانکار فی حق المدعى علیه وان کان الصلح فی المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد اشار الیه فی المبسوط بقوله لان الصلح على الانکار معاوضة باسقاط الحق فیکون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا یخفى ان ما نحن فیه هو الوکالة من قبل المدعى علیه فتم المطلوب بدون الاحتیاج الى التصریح بقید آخر تفکر

## باب الصلح فی الدین

(قال وکل شئ وقع علیه الصلح وهو مستحق بعقد المداینة لم یحمل على المعاوضة وانما یحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقیه کمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وکمن له على آخر الف جیاد فصالحه على خمسمائة زیوف جاز فکانه ابراه عن بعض حقه) قوله وکل شئ وقع علیه الصلح الخ اقول فیه کلام وهو ان کلیة ذلک بالنظر الى قوله لم یحمل على المعاوضة مسلمة واما بالنظر الى قوله وانما یحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقیه ممنوع لان

او قع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه الف درهم جياد وصالح عن ذلك على الف درهم جياد وحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء اصلا وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض من جنس ماله عليه اخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى ويمكن ان يعتذر عما في الكتاب بانه خارج مخرج العادة فان العادة ان يكون الصلح على اقل من شاء بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي ان يزاد في لفظ الرواية قيد آخر وهو ان يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا امكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان موجلا يبطل الصلح والا فلا الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف درهم بخية الى اجل لا يجوز والبخية اسم لما هو اجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل والصرف الى اجل باطل انتهى كلامه اقول فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند اهل الشرع ما وقع عليه الصلح ليس ما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس بما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كله الامثلة المذكورة في المسائل الآتية في الكتاب واولها المفصلة فيه واما المثال الذي ذكره بقوله الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف درهم بخية الى اجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل لانه ليس ما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف اما الاول فلان البخية اجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير واما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل والصرف الى اجل باطل (وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف موجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلم يصح الصلح قال ولو كانت له الف موجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من الموجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط بعض حقه قدرا ووصفا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم) قوله وهذا لان تصرف العاقل الخ اقول لقائل ان يقول انما يفضي الى الربوا لو جعل المصالح عليه وهو خمس مائة عوضا عن مجموع الالف المدعى واما اذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو خمس مائة بناء على ان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فلا افضاء الى الربوا فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ولم يحملوا على انه صارف بعض حقه واسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التاجيل فتامل في الجواب (قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه



الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعود عليه لانه ابراء مطلق) قوله ومن له على آخر الف درهم الى آخره قال صاحب العناية قيل معناه ففعل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون معناه فادى عليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمس مائة غدا عاد اليه الالف يابى المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه اولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني ايضا بانه لا شك ان البراءة الموقوفة على اداء الخمسمائة اليه غدا متحققة اولا وان لم يتحقق البراءة المقطوعة الا باداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح ان يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد كان خرج من ملكه خروجا موقوفا على اداء نصفه الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان واما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان فعله بعض الفضلاء فمما لا يقبله الفطرة السليمة (الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قوله الا ترى انه جعل اداء الخمس مائة الخ قلت الباقي بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا لهذا فالمعنى حيث ذكر اداء الخمس مائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال اي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الابراء دون الاداء انتهى فكانه حمل الباء على الالصاق فاخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح عوضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه) قوله والاداء لا يصلح عوضا الى آخره قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد منهما ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة اقول ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية انه لم يستفد بالاداء شيئا في جانب الدائن والبراءة انما يستفاد في جانب المديون وحد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيئا لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (او لانه متعارف) قوله او لانه متعارف الخ قال صاحب العناية قوله او لانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف اقول فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى ان كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى يصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد ان يثبت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم اقول الاقرب ان يكون قوله او لانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح ان يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فمعنى كلام المص رح فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل او لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا لتصرفه وقوله او لانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كالحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى) قوله والابراء مما يتقيد الخ

قال صاحب العناية قوله كما فى الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعنى انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل
مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى اقول لا يخفى على ذى مسكة ان جعل قوله كما فى الحوالة متعلقا
بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح بجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله
والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية فى شرح قوله كما فى الحوالة يعنى ان البراءة مما لا يتقيد
كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافى فى تقرير هذا المقام والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة
فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم اراد
احدا ذهب الى كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد
[illegible] اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعنى انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة
ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بالشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما
فى الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه ان يقال يعنى ان الابراء لما كان فائتا بفوات
الشرط كان كالحوالة فانها يفوت بفوات شرط السلامة على ان فوات الشئ بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشئ بالشرط
وليس باصل مستقل فى الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما فى الحوالة بذلك دون اصله تبصر ترشد (قال رضه وهذه المسئلة
على وجوه احدها ما ذكرناه والثانى اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت برئ
من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح
التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطينى الخمسمائة غدا والابراء فيه
واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا ووقع الشك
فى تقييده بالشرط فلا يتقيد به) قوله قال رضى الله عنه الى آخره قال صاحب النهاية اى وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو ان
رب الدين فى تعليق الابراء باداء بعض الدين لا يخلو اما ان بدأ بالاداء ام لا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقى على المديون
صريحا عند عدم الوفاء بالشرط ام لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثانى وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء ام
لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط ام لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى
كلامه وكذا ذكر وجه الحصر فى العناية ايضا نقلا عن صاحب النهاية اقول فيه اشكال اما اولا فلانه جعل الوجه الثانى قسما مما بدأ بالاداء مع انه
لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ بالمصالحة واما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل
واحد منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان البداءة فى الوجه الثانى وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى لان حاصل معناه
اد الى غدا خمسمائة من الالف وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله فالمراد بالبداءة بالاداء
[illegible] بدأ فيها تم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى ان الوجه الثانى تم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه
واما المصالحة فانما ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح واما عن الثانى فبان يقال ليس المراد بالبداءة بالاداء فى وجه الحصر البداءة بالاداء المطلق بل المراد
البداءة بالاداء الموقوت ولا يخفى انه لم يبدأ فى الوجه الرابع بالاداء الموقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم اجاب بعض الفضلاء عن الاشكال
الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ فى الوجه الثانى بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبنى على اتحاده مع ما بدئ فيه
بالاداء حكما فليتأمل انتهى اقول ليس هذا الجواب بشئ لان اتحاده مع ما بدئ حكما لا يقتضى ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء والا لاتحاد فى الحكم



لا يستلزم الاتحاد فى الذات ولا فى الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثانى مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده فى الحكم مع ما بدئ فيه
بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد
فى الحكم ايضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثانى قسمين مستقلين (بخلاف ما اذا بدأ بالاداء خمسمائة لان الابراء حصل
مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق
بالشك فافترقا والرابع اذا قال ادّ الى خمسمائة على انك برئ من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح
الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه فى
مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء فى الغد غرض صحيح والخامس
اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط
صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على
التقييد به ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عنى او تحط عنى ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى
المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به) قوله بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة الخ اقول فيه بحث لان هذا ان كان
الفرق بين الوجهين الا انه ينافى ما تقرر فى التعليل المذكور من قبل ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك
لا يثبت الشرط به ايضا فيلزم ان لا يثبت تقييد الابراء بالشرط فى ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به اولا هناك كما يثبت الطلاقة اولا فى
الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان اخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضى
الاطلاق وما يقتضى التقييد كما ذكره ههنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم فى التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الابراء
مقيدا بالشرط فى ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل فى التوفيق

## فصل فى الدين المشترك

(واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار
ان شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين)
اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا
قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه فى المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض
وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمر) قوله واصل هذا ان الدين المشترك الى آخره قال فى
النهاية واما اذا اخذ بمقابلة نصيبه ثوبا فليس لصاحبه ان يشاركه فى المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تخصيص رواية المبسوط
واشارة رواية الكتاب انتهى اقول فلقائل ان يقول اذا كان قبض احد الشريكين فى الدين شيئا من الدين مخالفا لاخذ احدهما
ثوبا بمقابلة نصيبه فى حكم المشاركة فى المقبوض لم يتحقق اتحاد فى الحكم بين مسئلة ما اذا قبض احد الشريكين فى الدين شيئا من الدين
وبين مسئلة الكتاب فلم يظهر لجعل الاولى اصلا فى الثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح احدهما
عن نصيبه على دراهم او دنانير كما ذكرت هذه الصورة ايضا فى المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (فله حق المشاركة) قوله فله حق
المشاركة الخ قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق فى الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى اقول بل الحق اقحام لفظ الحق لان
الضمير فى فله عائد الى صاحب الشريك القابض فى الدين المشترك لا الى احد الشريكين فى كل شئ وليس له حقيقة المشاركة فى
المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو اسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم ان يكون له حقيقة

المشاركة كما في الولد والثمرة فافهم لفظ الحق ودفعا لذلك التوهم (ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فاذا عرفت هذا فنقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لابد ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولانه لا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده) قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض الى آخره قال الشراح قاطبة هذا الاستدراك جواب سوال مقدر وهو ان يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير اذن الآخر اقول نعم كذلك لكن يرد عليه انه وان تم جوابا عن ذلك السوال الا انه ينافي لما تقرر آنفا من ان لشريكه حق المشاركة في المقبوض لانه لما قال في تعليله لان العين غير الدين علم منه ان ما قبضه احد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه ان ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتامل ثم ان هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وان شاء اخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته واخذه النصف دلالة على دلالة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين انتهى فان الظاهر منه ان يكون ما قبضه احد الشريكين في الدين بدلا من حقهما معا لا من حق القابض فقط (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) قوله والاستيفاء الى آخره هذا جواب عن سوال مقدر وهو ان يقال ثبت انه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف يكون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع فاجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود وكذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورد سوال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا يصح وفي المقاصة بدينه الخاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا يجوز قصدا اما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السوال المقدر وجواب المصنف رح عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى اقول في تحرير صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم



انما نشأ من المقاصة اذ لو لم يتحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع ايضا بناء على الاشتراك فيما اضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم ان القسمة قبل القبض اصلا ولهذا فرع غيره ورود السوال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم اقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور اصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له ان يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى ان يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة واما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد ان وقعت سواء كانت قصدية او ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم ان لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة ايضا فلزم ان لا يضمنه ربع الدين وقد تقرر ان له ان يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح ان لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم) قوله وللشريك ان يتبع الغريم في جميع الى آخره اقول فيه كلام وهو انه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بان يقال الاصل ههنا ان الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب احدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق و ذلك لا يتاتى فيما في الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين ياخذ نصف حقه وياخذ الباقي عوضا عماله في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه ان ياخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتامل قال صاحب العناية في تعليل قول المص رح فله ان لا يشاركه لئلا ينقلب ماله ما عليه فانه خلف باطل اقول فيه نظر لانه يستلزم ان لا يثبت له حق المشاركة اصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح اعتبارا بالابراء المطلق) قوله ولو وقعت المقاصة الخ اقول فيه شيء وهو انه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وما لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم الا ان تجعل نفس المقاصة نوع عقد او شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها ايضا (ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية) قوله ولا يصح عندهما الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والآخر بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة

وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل ان يقول بتاخير البعض بل بتميز احد النصيبين عن الآخر والا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تاخير البعض عنه يستلزم التمييز بذكرنا توجيه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة الى هنا كلامه اقول في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بموجود وبسبب عدم تحقق مقتضاه لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بان ذكر ما يوجب التمييز متحقق في صورة الابراء ايضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التاخير لاستلزمها في صورة الابراء ايضا واما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فاشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتمييز عن الآخر وتمييز بعض الدين عن بعض غير مقصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير كيف ولو امكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم يتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير بقي اصل النقض على حاله فتدبر

(وكذا الصلح عليه عن جناية العمد واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما عن نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه) قوله وكذا الصلح عليه الخ قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ما ذكر ما فيهما واري انه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا للشيء انتهى واورد بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا يعقل صلحا على ما سيجيء انتهى اقول هنا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد واما مراد صاحب العناية ههنا فان الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصالح عنه على مال اعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا لشيء اذ الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فاين ما اراده مما اورده ذلك الراد ثم اقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية اما اولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كاحدهم على ما يجيء في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا لشيء اذ قد كان مقتضيا لقدر ما لزمه ان يؤديه مع العاقلة واما ثانيا فلان ما ذكره انما يقتضي اطلاق الجناية لا التقييد بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا لشيء لزم ان لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح من جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل (ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه) قوله ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة الى آخره يعني انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزمه قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله لبعض نصيبه اقول فيه نظر اما اولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لانه جاز فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل ابي يوسف رحمه الله واما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز اذا كانت قصدا واما اذا كانت ضمنا فيجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الاول من الترديد المذكور انما لزمه قسمة الدين قبل القبض في



ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيعود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق) قوله ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض الى آخره وقال صاحب العناية اخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه يؤذن بتقرير الدين لا بسقوطه بل بتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجدد السبب انتهى كلامه اقول للمعترض ان يعود ويقول هذا المعنى موجود ايضا فيما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لان الاقالة فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب ان المفسوخ لا يعود بدون تجدد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الاقالة في العين بناء على جواز تفرد احدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف رحمه الله بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه فلم توجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

## فصل في التخارج

قال (واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا) قوله التخارج الخ تفاعل من الخروج ومعناه ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم وانما اخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضى احد ان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه او لو قوعه بعد الحيوة (وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار) قوله وفيه اثر عثمان رضي الله عنه قال في غاية البيان والاصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في الاصل في اول كتاب الصلح عن ابي يوسف رحمه الله عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وقال محمد رحمه الله ايضا حدثنا ابو يوسف رحمه الله عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه قال يتخارج اهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وقد اثبت شمس الائمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير الا ان شمس الائمة السرخسي قال وهي تماضر طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا وقد ذكر محمد رحمه الله الالف مطلقا ولم يفسر انها دراهم او دنانير وذكر ثلثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر ان عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار الى هنا لفظ غاية البيان وهذا البسط ما ذكر في جملة الشروح ههنا غير انه ذكر في سائر الشروح انه ذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار (قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى

يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة
لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة الدراهم والدنانير وبدل الصلح
دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال

وان كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل
لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرئ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب
المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين
قوله عن الربوا آه اما اذا كان ما اعطوه قل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على الماخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض
وكذلك اذا كان ما اعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على الماخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض
فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم الربوا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي ايضا لان التركة عين والابراء عن
الاعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب اقول عدم صحة تجويز ذلك بطريق الابراء عن الباقي منظور فيه عندي
لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجويز الصلح عن
الاقل او المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما امكن فان قلت قد مر في الكتاب
انه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح
الصلح هناك فكيف يصح هنا قلت قد مر ايضا في الشروح هناك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد
ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان ايضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة
هناك وجه ظاهر الرواية ان الابراء لا في عين الدعوى والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح واما فيما نحن فيه فالجواب
عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما اوردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح
على مثل نصيبه من الدراهم وعلى اقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق واما حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطى يعطي
المال لقطع المنازعة ويفدي به يمينه فلا يتمكن الربوا كذا في الذخيرة والتتمة ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية قال الامام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبها من العين
في حالة التصادق اما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الامام الاسبيجابي والصحيح انه باطل
في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربوا من الوجه الذي قلنا انتهى وكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام
فخر الدين قاضيخان في فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح عن اقل من حصتها من مال الربوا في حالة التصادق اما في
حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يوخذ لا يكون بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه
اقول في الوجه الذي ذكره قاضيخان اشكال لان عدم كون الماخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم واما عدم كون ذلك بدلا في
حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون الماخوذ بدلا في حق الآخذ ايضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على اخذ عين
حق في قدر الماخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة
والابراء عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلو امكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على اخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لامكن تصحيحه في
حالة التصادق ايضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد اجمعوا على عدم امكان تصحيحه اصلا في حالة





التصادق نعم يبقى لنا الكلام في هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معا بحمله على البراءة عن دعوى الباقي من اعيان
التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل (وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة و
الاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء) قوله وفي الوجهين
ضرر الى آخره كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على
الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى
الاول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى
اقول قد يكون التبرع في نفس المال بان يعطيه على ان لا ياخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده وتعجيله بان يعطيه في الحال
عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي ان ياخذ عينه او بدله في الاجل فلما كان قول المصنف رح في الوجه الثاني متبرعين
محتملا لكل واحدة من صورتي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها ففسر ضرر بقية الورثة في الوجهين معا بعدم
رجوعهم على الغرماء وحمله اكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الاولى ففسروا الضرر في الوجهين
بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اذ لا نسيئة عند التبرع ناش من الغفول عن الصورة الثانية من التبرع واعلم
ان صدر الشريعة حمل معنى الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه اكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية
الورثة يودون الى المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين
انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال
الحيلة الاولى ان يشترطوا ان يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن اعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة
لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية
الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء اداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا
ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة ان حصة المصالح لا تصير لهم فقوله لان حصته تصير لهم حجة له عليه لا له فلا حجة
لذكره في تعليل فائدة لبقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نغمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه
نوع ضرر لسائر الورثة حيث قال لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فقصان
ذلك الضرر ينجبر بهذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس
انتهى اقول فيه ايضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع
ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد ان لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة امر وهمي من
جهة تاديه الى سهولة اداء الغرماء حصص باقي الورثة فاين هذا من ذاك فالحق ما ذكره صاحب الهداية (ولو لم يكن في التركة دين
واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا) قوله ولو لم يكن في التركة دين الخ بين هذا في كثير
من الشروح بان كان له في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا اقول
فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان اقل من بدل الصلح لا يلزم الربوا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح ويكون زيادة
البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب فيما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة من انه لا بد ان
يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا فالحق في البيان

ههنا ان يقال بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اكثر ولقد اصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربوا بقوله لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي او وزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك او اقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربوا انتهى فانه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون فكان صاحب الكافي ايضا منبها لما ذكرناه من خلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القليل لاحتمال ان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية ولكن الاوجه ان يراد عليه قيد او اكثر كما نبهنا عليه آنفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربوا كما لا يخفى (وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا) قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة الى آخره لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذه او اقل فهي شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر او اقل فيه بحثا اقول لعل مراده بالبحث انه على تقدير ان يكون نصيبه اقل مما اخذه لا يلزم الربوا لما بيناه في امر فلا وجه لذكره في اثناء بيان احتمال الربوا لكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر فيلزم الربوا او اقل فلا يلزم الربوا الا انه على كل تقدير يلزم الربوا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد الا يرى الى قولهم لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال لاحتمال جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربوا لا شبهة الربوا فضلا عن شبهة الشبهة تامل تقف ثم اعلم ان صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولقائل ان يقول حق الجواب التفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل اصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على استقلال احدهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة الى آخره وآخرهما قوله في اول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا واما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على الاطلاق فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما اعطوه اكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير ايضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفى واما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون اعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت



على مكيل وموزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة عامة

# كتاب المضاربة

قدم وجه المناسبة في اول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الارض للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وهي في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا اقول فيه فتور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك او معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليهما مثل ان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبلت او ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في اثناء المسائل قال في العناية وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك انتهى اقول فيه قصور لان الشروط الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية وسيأتي التصريح به في الكتاب ايضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما اشير اليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح اقول فيه خلل اما اولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون الا يرى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع اولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح واما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو حكم لها ايضا يثبت بها اولا على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب اقول فيه ايضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتي وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح ان يجعل الاجارة والغصب حكما من احكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت ثمنا فيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحا ان تجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا انهما تصلحان ان يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فمن ادرجهما في احكام المضاربة يريد باحكامها احكام مطلق المضاربة صحيحة كانت او فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكر في قرانها من ركنها وشرطها وغيرها انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير فكذا احكامها ايضا لا بد ان يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة ايضا في الاحكام والغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة ايضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب ايضا فيما سيجيء ان يكون للعامل اجر مثل عمله ولا شك ان ليس للغاصب اجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من احكام المضاربة في شيء (المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس من غني بالمال غبي عن التصرف فيه ومن مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملته به الصحابة رض ثم المدفوع الى المضارب

امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من جانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا) قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله الى آخره قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التاثير فيه وانما التاثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك كله في الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور اصلا (قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة ولا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة) قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه الى آخره قال صاحب النهاية في بيان التعليل اي لان عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل ايضا لئلا يخالف الكل الجزء انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء او الاجازة بالزاي اقول فيه بحث اما اولا فلان المضاربة ما لم تفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به وكما مر في الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء اصلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لادراجها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة واما ثانيا فلان لزوم عدم مخالفة الكل الجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة ايضا متحققة قطعا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق بها الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق بها الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك واما ثالثا فلان الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة اما الوكالة فلانهم اتفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولا شك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه واما الاجارة فلانها ايضا حكم من احكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مفسد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية في تمشية التعليل المزبور مما لا وجه له ولم ار احدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما اضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة او وديعة او اجارة وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل انتهى نعم فيه ايضا شيء مما مر وهو ان المضاربة انما تصير اجارة بعد فسادها لا في حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة اللهم الا ان يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان



في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتامل ثم اقول بقي لي بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بان ما لا يصح اضافته الى زمان في المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذا لم يصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغي ان لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع منع امور لا يجدي عند تحقق مانع آخر (لان عند ابي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للآمر فتصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة) قوله لان عند ابي حنيفة رح الى آخره واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشتري والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر ان يقال اذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة لان عدم صحة الجزء يستلزم لعدم صحة الكل انتهى اقول قد مر منا ان حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من احكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان يكون جزءا فيها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند ابي حنيفة رح من المصير الى ما ذكره صاحبا العناية والنهاية نعم انهما قالا ايضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر لكنهما اصابا في ترك ذلك ههنا (قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فينقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح كما بيناه في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد) قوله فان شرط زيادة عشرة الخ ذهب عامة الشراح الى ان هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة اي على ما شرطا كالنصف والثلث فله اي فللعامل اقول فيه نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح ان يكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين احدهما ان المسئلة الاولى اعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا ان يكون لاحدهما مائة درهم من الربح او اقل او اكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه ويزاد عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة تقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى او اقل كما صرحوا به واما اشتراط زيادة عشرة فانه يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم وثانيهما ان حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب اجر المثل للعامل فكيف يتصور ان يكون احد المتخالفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندي ان الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان ان عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب اجر المثل للعامل وكانه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب اجر المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف رح ان لا يغير المسئلة التي اخذها من الجامع الصغير او من مختصر القدوري ولكن وقع

احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة (وعن
ابى يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك
اعتبارا بالصحيحة) قوله وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يجب الى آخره فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى
لابى يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه ابدا من العقد الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر
بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة
فيعتبر بالاجارة الصحيحة فى استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال فى يده فله اجر مثله فيما عمل كذا فى النهاية والعناية
وعزاه صاحب النهاية الى المبسوط اقول مقتضى هذا الجواب ان لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة فى شئ من
الاحكام مع انهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة فى حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف رحمه الله متصلا بما نحن فيه حيث
قال والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ماله الى اعتبارها
بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف رحمه الله ايضا بقوله ولانه عين مستاجرة فى يده لكن الكلام فى جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة
دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافى وغيرهما فتامل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية فى قوله
وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما اسلفه من ان عقد المضاربة يشتمل على التوكيل والاجارة اقول انما
يخالف ذلك ان لو كان مراده بما اسلفه ان عقد المضاربة يشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معا واما اذا كان مراده بذلك ان
عقد المضاربة يشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثانى لكونه موافقا لما صرحوا به
(ولانه عين مستاجرة فى يده) قوله ولانه عين اى آخره وفى بعض النسخ عين مستاجر يعنى ان راس المال عين استعجر
المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كاجير الواحد كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستاجرة فى قول المصنف رحمه الله
عين مستاجرة صفة جرت على غير من هى له او هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا اولى انتهى اقول فيه ان قولهم سيل مفعم مما بنى
للمفعول واسند الى الفاعل اذ المفعم اسم مفعول من افعمت الاناء ملأته وقد اسند الى الفاعل لان السيل هو المالى لا المملو
بخلاف ما نحن فيه فان راس المال ليس بفاعل للاستيجار قطعا كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا ان
يكون مراده بقوله او هو من قبيل سيل مفعم او هو من قبيل الاسناد المجازى مطلقا لا انه من قبيل خصوص الاسناد الواقع
فيه فحينئذ يجوز كما اشار اليه تاج الشريعة فى شرح هذا المقام حيث قال المستاجر فى الحقيقة انما هو المضارب لكن سمى العين
مستاجر العمل المضارب فيه انتهى ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير الى المضارب بمنزلة اجير الواحد من حيث انه
اجير لا يمكن له ان يواجر نفسه فى ذلك الوقت لاجر قال صاحب العناية والنهاية منهم فى تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور
ان يكون مستاجر المستاجرين فى الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الواحد ان يوجر نفسه للمستاجرين فى الوقت الواحد انتهى اقول
فيه بحث لانه ان اريد بالعين الواحد فى قولهما لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجر المستاجرين فى الوقت الواحد نفس
المضارب فلا نسلم ان نفسه لا يتصور ان يكون مستاجر المستاجرين فى الوقت الواحد ان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل
لا على المنفعة يجوز ان يكون اى ههنا شخص واحد مستاجر الكثير من المستاجرين فى وقت واحد كالقصار وراعى الغنم للعامة
ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم فى ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز
ان يكون مستاجر الاكثر من واحد بخلاف اجير الواحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على ان يوجر



نفسه لآخر فى الوقت الواحد على ما تقرر فى محله وان اريد بالعين الواحد فى قولهما المذكور راس المال فنسلم ان ذلك لا يتصور
ان يكون مستاجر المستاجرين فى وقت واحد اى ان يكون فى يد كل واحد منهما يعملان به فى وقت واحد ولكن هذا لا يقتضى
ان يكون المضارب بمنزلة اجير الواحد لجريان هذا المعنى فى كل اجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور ان يكون فى يده و
فى يد غيره على الاستقلال فى الوقت الواحد لامتناع وقوع شئ واحد فى محلين مختلفين فى وقت واحد فلا يتم التقريب
(وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها و
يبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب
المال فيه لان المال امانة فى يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من احد
الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل فى
الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد
لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد
كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكى العنان
اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب
وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصى لانهما من اهل ان
ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال) قوله وكل شرط يوجب جهالة الى آخره
قال فى النهاية فان قلت هذا الكلى منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد العقد فان هذا الشرط
داخل تحت ذلك الكلى لان هذا الشرط لا يوجب جهالة فى الربح ومع ذلك افسد عقد المضاربة على قضية ذلك الكلى ينبغى ان لا يفسد
المضاربة لانه غير الذى يوجب جهالة فى الربح قلت نعم كذلك الا انه يحتمل ان يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة
لا يفسدها الشرط الذى لا يمنع موجب العقد واما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات
موجبه انتهى اقول هذا الجواب لا يشفى العليل ولا يجدى طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذى لا يمنع موجب
العقد مع انه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود فى المقام اذ المقصود ههنا بيان اصل
ينضبط به احوال الشروط الفاسدة فى باب المضاربة فعلى تقدير ان يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذى لا يمنع موجب
العقد يكون الشرط الذى يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة فى الربح خارجا من قسمى هذا الاصل فلا يتحقق الانضباط فلا
يتم المقصود واجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب
جهالة فى الربح ولا يبطل فى نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجئ فلم يكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من
الشروط الفاسدة لا يفسدها اى المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشئ عن
المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد العقد معناه
مانع عن تحققه انتهى كلامه اقول مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا فى نفسه الا انه مفسد لمعنى المقام لان معنى
القسم الثانى من الاصل المذكور على ما صرحوا به هو ان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل يبقى المضاربة صحيحة
ويبطل الشرط وقد اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة

وقد كان اعترف به صاحب العناية ايضا حيث قال اولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح الى آخره ولا شك ان المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابداع والابضاع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة ممن يضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة رح انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب) قوله واذا صحت المضاربة مطلقة الى آخره فسر اكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بان لا يكون مقيدة بزمان ولا مكان اقول هذا التقصير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها او كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم تكن للمضارب ان يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض الفضلاء من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا اي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة اقول فيه ايضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه في هذا التفسير ايضا مع انها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالاولى في تفسيرها ان يقال هي ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله ان يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله ان يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قال ولا يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره فيما وكله به الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه بخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره وان خرج الى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك) قوله ولا يضارب الا ان الى آخره قال صاحب العناية ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لا اجناسها وقد تضمنت امثالها ان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه اقول الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الى آخره تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن المأذون الى آخره لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز ان يضارب المضارب غيره بتضمن

المضاربة



المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المذكورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من ان الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية اما المأذون فلان الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك فيتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية واما المكاتب فلانه صار حرا يدا واما المستأجر والمستعير فلانهما ملكا المنفعة (ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد) قوله ورجع المال مضاربة على حاله الى آخره قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج انتهى اقول قوله انه على رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف رح وغيره فيما سيأتي من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ تحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير ايضا فالحق في الجواب ان يكتفي بان يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى اصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شيء (الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه) قوله الا اذا صرح بالنهي الى آخره قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد او على العكس حيث لو باع بالنقد او بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافا لزفر رح وهذا كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالفين يجوز عندنا خلافا لزفر رح لانه مخالفة بالخير انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب خبط اما في الاول فلان قوله او على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية واما في الثاني فلان قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير ايضا وهذا ظاهر جدا فالصواب ان يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق) قوله ومعنى التخصيص ان يقول الى آخره يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الالفاظ وما لا يفيده وذلك منها وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فيعتبر شرطا واثنان منها لا يفيده فيعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء

به لا يجعل متعلقا بما قبله لافتقار الضرورة هذا خلاصة ما ذكر ههنا في جملة الشروح والكافي اقول فيه شيء وهو انهم اتفقوا على ان قول
رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا
على ان يجعل كلاما مستانفا كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو
وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي ان يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص ايضا قال (اما اذا
قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال
على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان
تشتري بها من اهل الكوفة او دفع مالا في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة
من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو
المراد عرفا لا فيما وراء ذلك وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته
والتوقيت مفيد فانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب
المال لقرابة وغيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذاك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل
في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه
فيتحقق المقصود ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ
عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه
ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن
مال المضاربة لانه يصير مشتريا للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم
لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه
ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق
الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الورثة) قوله
اما اذا قال خذ هذا المال الى آخره فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله ادوا الي الفا وانت حر قلنا لانه غير صالح للحال ههنا لان حال العمل
لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وعامة الشروح اقول ينتقض هذا الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به
في الكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما لا يفيد التخصيص وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل على اعرابين بالرفع على
الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد
الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم ان لا يصلح للحال ايضا وان قالوا انها حال مقدرة كما في قوله
تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يرد ان يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا يحسم مادة الاشكال بذلك الجواب
ثم اقول الجواب التام عن اصل السؤال الحاسم مادة الاشكال ان يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في علوم
العربية ان الجمل الانشائية لا يصلح ان تقع حالا سواء كانت مع الواو او بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه
وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد ان ذكره ايضا بانه لم لا يجوز ان
يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يرد على هذا شيئا فهو ايضا غفل عن عدم صلاحية الجمل



الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما اورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجملة حالا
مقدرة خلاف الظاهر فكانه ايضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قال فان كان مع المضارب الف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي
موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة
صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني
الام والولد مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي راس المال لا يظهر الربح
كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة
لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ
عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فاذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام
ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف
اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته
عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح) قوله والمدعي موسر الى آخره قال الشراح وانما
قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق
يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن انتهى كلامهم اقول لا يذهب
على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة
كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكر المصنف رح فيما سياتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا
من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي
ولم يوجد انتهى فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور ان يقال انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب
بحالة اعساره فانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلان لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره اولى بخلاف ما لو ذكر الكلام
غير مقيد بذلك فانه يحتمل ان يكون محمولا على حالة اعساره فقط (ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف
مستحق براس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان
يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف الماخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان
الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد
الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا
ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح يملكها هو وغيره وراثة يضمن
نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر) قوله ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين الى آخره لان الالف مستحق
براس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامة راس المال
وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية في جنس راس المال والامة ليست من جنس راس المال فكان تعيين
الالف من السعاية لراس المال اولى انتهى واقتفى اثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال

صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية راس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجب قيمتها على المضارب وهي من جنس راس المال انتهى اقول نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية راس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها ام ولد للمضارب ان يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير ان تجعل هي راس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا يصير ام ولد للمضارب ولا يعتق فلا يجب قيمتها على المضارب فلا يتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فاورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام تبعه فينبغي ان يكون مراد المجيب هذا انتهى اقول الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح ان يكون جوابا عن اصل السؤال كما اشار اليه المصنف رح بقوله لان الالف الماخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما انتهى الا انه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستيفاء والاستيفاء امر مستقل في اقتضاء كون الالف الماخوذ من الولد راس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر اصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته انتهى اقول لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون راس المال هو الالف الماخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته ان يكون الالف الماخوذ منه ايضا من الربح تامل

## باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى ابدا فلذا بيان حكمها في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيها وجه آخر ايضا وهو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد ابدا واختاره صاحبا الغاية والعناية اقول فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا انها مفردة ايضا غير مركبة من المضاربتين قطعا الا يرى ان الثاني ابدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما تضمنت المضاربة الاولى جاز ان يحصل من مجموعهما امر مركب في التعقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب (قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقالا اذا عمل به ضمن ربح اولم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره) قوله وبعده ابضاع الى آخره قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر ان يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انتهى اقول ليس الامر كما ظنه فان



المحكوم عليه ههنا بانه ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذي ينافي الابضاع ويلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى واما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بانه توكيل فانه قال فيه ووجه المروي عن ابي حنيفة رح ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي لمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل انتهى ولا يخفى ان المفهوم منها ان المضارب وكيل لا ان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة واما انه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به احد (وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا) قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة الخ قال في النهاية ومعراج الدراية اي الضمان عليهما في الربح او العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال في العناية وشرح العيني اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة اقول لا يحتمل ان يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب الضمان عليهما اي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه ههنا هو الضمان على الاول متعين لان المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يمر من المصنف رح الى الآن شئ يشعر بضمان الثاني ايضا فكيف يصح ان يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشان اسم الاشارة ان تشار به الى المحسوس المشاهد او ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني مما لم يشم رائحته قط الى الآن فضلا عن ان يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على ان المصنف رح ههنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال واما ان الثاني هل يضمن ايضا ام لا فيبينه بعد منفصلا بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الى آخره فهو ههنا بمعزل عنه (لانه ظهر انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك ولان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم

فاستاجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول والمال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له ما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول و رب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال له فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد ملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف) قوله لانه ظهر انه ملكه بالضمان الى آخره اقول لقائل ان يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر رح وعند ابي يوسف رح ومحمد رحمه الله لا يتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل ههنا قول ابي حنيفة رح لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي ان يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر رح فليتامل في التوجيه

## فصل

قال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف) قوله واذا شرط المضارب لرب المال الى آخره وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في امر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك ايضا ونقل من الذخيرة والمغني تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد



رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط الاجنبي وكذا الكل من لا يقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا لبعض اصحاب الشافعي رح ولبعض اصحاب احمد رح وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره فقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب او الاجنبي على ان يكون له الثلث انتهى اقول لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول اصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الى آخره يصير بيانا لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة ثم ان محصول ذلك المنقول انه اذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور اصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئان عند المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك الاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه لا يكاد ان يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي اصلا سواء شرط ان يعمل مع المضارب او لم يشترط اما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم واما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا كونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على ان يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الا يرى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على ان يعمل معه لا خراج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة ايضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه اصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه اقول هذا هو الحق عندي ولقد اشار اليه المصنف رح في تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب

## فصل في العزل والقسمة

فصل في العزل والقسمة) اي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضاربة بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل) قوله واذا مات رب المال الى آخره قال في العناية اخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال

المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما كان المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سياتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما ياتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما ياتي في الكتاب ايضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما ياتي في الشروح في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة اقول الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف لقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتاكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل في بعض الاحكام الذي من جملة ما نحن فيه قلنا فحينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا اصلا لصيرورته اخفى من المدعى ولا اقل من ان تصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تامل (وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه) قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام الى آخره قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعده وكان عقد المضاربة على ما كان اما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعد القضاء به فلم كان حق المضارب كالوبات حقيقة وعنده لحاقه منهم الى المبسوط اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا ان يقيد قولهم كما لو مات حقيقة بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سياتي في الكتاب واما ثانيا فلانه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي ركان حق المضارب كان ينبغي ان يبقى على حاله فيما اذا لم يعد ايضا بهذه العلة فيتامل ثم اقول الذي يظهر من تعليل المصنف رح هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات ان لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه اما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليلها لان اللحوق بمنزلة الموت عندنا الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى ان المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو بمنزلة الموت واما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب او اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة رح ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه



للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة انتهى ولا يخفى ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد ان يحكم بلحاقه بدار الحرب من قوله على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل ان يحكم بلحاقه على الرواية التي لم يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد ان تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي يجيز البيع والشرى على المضارب الربح له ويضمنه راس المال في قياس قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فيبطل حكمها انتهى ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على راس المال وانما ينض بالبيع ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل وان عزله وراس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض) قوله ولو كان المضارب هو المرتد الخ في معنى كلام المصنف ههنا احتمالان عقليان احدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها اي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها اي لا يتوقف تصرفه عند ابي حنيفة رح ايضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت احدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة انتهى واقتفى اثره من المتاخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية ايضا حيث اضيف فيها الموت المبطل الى احدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا تبطل بناء على ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه اقول ذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب احكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام ولقد افصح عنه المصنف رح في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته انتهى فاذا كان كذلك

فانی یمکن تصرف المیت حتے یصح تصرف المضارب علے حالہ بعد ان لحق بدار الحرب مرتدا علے ان بطلان المضاربۃ اذا لحق
المضارب بدار الحرب وقضے بلحاقہ مصرح بہ فی المعتبرات قال فی البدائع وان مات المضارب او قتل علی الردۃ بطلت
المضاربۃ لان موتہ فی الردۃ کموتہ قبل الردۃ وکذا اذا لحق بدار الحرب وقضے بلحاقہ لان ردتہ مع اللحاق والحکم بہ بمنزلۃ
موتہ فی بطلان تصرفہ انتہی فالحق ہو المعنی الثانی وہو مراد المصنف رح کما یرشد الیہ قولہ فی تعلیلہ ولا توقف فی
ملک رب المال اذ لا ریب ان ہذا القول للاحتراز عن التوقف فی ملک رب المال عند ابی حنیفۃ رح اذا کان
ہو المرتد والتوقف فی ملکہ عندہ انما یکون قبل اللحاق لا بعدہ فلا بد ان یکون المراد ہہنا ایضا ما یکون قبل اللحاق
لئلا یلغو ہذا القول فی التعلیل ویشیر الیہ زیادۃ الشراح قید فی قولہم جمیعا بعد قولہ جمیعا فالمضاربۃ علی حالہا حیث
قالوا فالمضاربۃ علی حالہا فی قولہم جمیعا اذ لا شک ان زیادۃ ہذا القید للایماء الی تحقق الخلاف بین ائمتنا فیما اذا کان رب
المال ہو المرتد ولا خلاف فیہ بعد اللحوق وانما الخلاف فیہ قبل اللحوق حیث یتوقف تصرف مضاربۃ عند ابی حنیفۃ رح
ولا یتوقف عندہما بل ینفذ فلا بد ان یکون المراد بالوفاق فی بقاء المضاربۃ علے حالہا فیما اذا کان المضارب ہو المرتد
ہو الوفاق فیہ قبل اللحوق لیظہر فائدۃ زیادۃ ذلک القید تدبر (وعلے ہذا موت رب المال فی بیع العروض
ونحوہا واذا افترقا وفی المال دیون وقد ربح المضارب فیہ اجبرہ الحاکم علے اقتضاء الدیون لانہ
بمنزلۃ الاجیر والربح کالاجر لہ) قولہ وعلے ہذا موت رب المال الی آخرہ وفی بعض النسخ وعلے ہذا موت رب المال
ونحوہ بعد الردۃ فی بیع العروض ونحوہا فکلمۃ ہذا فی قولہ وعلے ہذا اشارۃ الی قولہ لا یمنعہ العزل من ذلک یعنی لا ینعزل
المضارب بالعزل الحکمی اذا کان المال عروضا بل یبیعہا بعد العزل کما لا ینعزل بالعزل القصدی فی تلک الصورۃ
لان عدم عمل العزل فیہا لئلا یلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت فی ذلک بین ذینک العزلین ثم ان ضمیر المؤنث
فی قولہ ونحوہا راجع الی العروض ای ونحو العروض فی حق البیع بان کان راس المال دراہم والنقد دنانیر او علے العکس
ہذا ما ذہب الیہ اکثر الشراح وہو المختار عندی واما صاحب غایۃ البیان فقال واراد بقولہ ونحوہا ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب
او قتل او مات مرتدا ثم باع المضارب العرض جاز بیعہ علی المضاربۃ لما قلنا والضمیر فی نحوہا علے ہذا یرجع الی موت رب المال علے
تاویل المنیۃ فینبغی ان یقال برفع الواو اقول فیہ نظر لانہ مع ابتنائہ علے تاویل بعید من حیث اللفظ مختل من حیث المعنی اما
علی النسخۃ الثانیۃ فظاہر لان ما ہو نحو الموت انما ہو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذکر ہذا صریحا فی تلک النسخۃ بقولہ ونحوہ بعد
الردۃ فلم یبق بعد ذلک محل لان یقال ونحو الموت واما علی النسخۃ الاولی فلانہ قد ادرج الموت فی بیان ما ہو المراد بقولہ ونحوہا
حیث قال واراد بقولہ ونحوہا ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب او قتل ومات فیلزم ان یکون الموت نحو الموت وہو
باطل ثم قال صاحب الغایۃ ویجوز ان یرجع الی بیع العروض بان یعطے للمضاف حکم المؤنث باعتبار اضافتہ الی المؤنث
کما فی قولہ کما شرقت صدر القناۃ من الدم فعلے ہذا یقال بجر الواو اقول ہذا ایضا مع کونہ تعسفا من حیث اللفظ رکیک من حیث
المعنی لانہ یوہم ان لا یجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر فی مال المضاربۃ نحو تصرف بیع العروض ولیس کذلک
ثم قال ویجوز ان یرجع الی العروض علی معنی فی بیع العروض وفی بیع نحو العروض کما اذا کان راس المال دراہم والمال دنانیر
او علے العکس لانہا نحو العروض فی ان المضارب لا ینعزل بموت رب المال انتہی کلامہ اقول الآن حصحص الحق ویجب
ان یجعل ہذا بعد الاحتمالات مع کونہا اقربہا لفظا ومعنی (وان لم یکن لہ ربح لم یلزمہ الاقتضاء لانہ وکیل محض والمتبرع



لا یجبر علے ایفاء ما تبرع بہ ویقال لہ وکل رب المال فی الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الی العاقد فلا بد من
توکیلہ وتوکلہ کیلا یضیع حقہ قال فی الجامع الصغیر یقال لہ احل مکان قولہ وکل والمراد منہ الوکالۃ وعلی ہذا
سائر الوکالات والبیاع والسمسار یجبران علے التقاضی لانہما یعملان باجرۃ عادۃ (وما ہلک من مال
المضاربۃ فہو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الہلاک الی ما ہو التبع اولی کما یصرف
الہلاک الی العفو فی الزکاۃ فان زاد الہالک علے الربح فلا ضمان علے المضارب لانہ امین وان کانا
یقتسمان الربح والمضاربۃ بحالہا ثم ہلک المال بعضہ او کلہ ترادا الربح حتے یستوفی رب المال راس
المال لان قسمۃ الربح لا تصح قبل استیفاء راس المال لانہ ہو الاصل وہذا بناء علیہ وتبع لہ فاذا ہلک ما فی
ید المضارب امانۃ تبین ان ما استوفیاہ من راس المال فیضمن المضارب ما استوفاہ لانہ اخذہ لنفسہ
وما اخذہ رب المال محسوب من راس مالہ واذا استوفی راس المال فان فضل شیء کان بینہما لانہ
ربح وان نقص فلا ضمان علے المضارب لما بینا فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربۃ ثم عقداہا فہلک المال
لم یترادا الربح الاول لان المضاربۃ الاولی قد انتہت والثانیۃ عقد جدید فہلاک المال فی الثانی
لا یوجب انتقاض الاول اذا دفع الیہ مالا آخر) قولہ وان لم یکن لہ ربح لم یلزمہ الی آخرہ قال بعض الفضلاء ہذا منقوض
بالکفیل فانہ متبرع ویجبر علے ایفاء ما تبرع بہ فتامل انتہی اقول ہذا النقض مدفوع بان المراد ان المتبرع الغیر اللازم لا یجبر علے ایفاء ما تبرع بہ
والکفیل ملتزم لانہ یطالب بما علے الغیر علے ما عرف فی محلہ فلا یرد النقض بہ وبعبارۃ اخری ان المراد ان المتبرع لا یجبر علے ایفاء ما تبرع بہ
فی العقود الغیر اللازمۃ والکفالۃ عقد لازم علے ما عرف ایضا فی محلہ فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الکلام ہہنا فہو مجری
علے موجب القیاس والکفیل ضامن بالنص وہو قول النبی صلے اللہ علیہ وسلم الزعیم غارم علے ما مر فی کتاب
الکفالۃ فلا ضیر فی خروجہ اذ القیاس ترک فیہ بالنص وبقی علے حالہ فیما عداہ فتامل

**فصل فیما یفعلہ المضارب** قال (ویجوز للمضارب ان یبیع ویشتری بالنقد والنسیئۃ لان کل ذلک من صنیع
التجار فینتظمہ اطلاق العقد الا اذا باع الی اجل لا یبیع التجار الیہ لان لہ الامر العام المعروف بین الناس و
لہذا کان لہ ان یشتری دابۃ للرکوب ولیس لہ ان یشتری سفینۃ للرکوب ولہ ان یستکریہما اعتبارا
لعادۃ التجار ولہ ان یاذن لعبد المضاربۃ فی التجارۃ فی الروایۃ المشہورۃ لانہ من صنیع التجار ولو باع
بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندہما فلان الوکیل یملک ذلک فالمضارب اولی الا ان المضارب
لا یضمن لان لہ ان یقابل ثم یبیع نسیئۃ ولا کذلک الوکیل لانہ لا یملک ذلک واما عند ابی یوسف رح
فلانہ یملک الاقالۃ ثم البیع بالنساء بخلاف الوکیل لانہ لا یملک الاقالۃ ولو احتال بالثمن علے الایسر او الاعسر
جاز لان الحوالۃ من عادۃ التجار بخلاف الوصی یحتال بمال الیتیم حیث یعتبر فیہ الانظر لان تصرفہ مقید بشرط
النظر والاصل ان ما یفعلہ المضارب ثلثۃ انواع نوع یملکہ بمطلق المضاربۃ وہو ما یکون من باب المضاربۃ
وتوابعہا وہو ما ذکرنا ومن جملتہ التوکیل بالبیع والشراء للحاجۃ الیہ والارتہان والرہن لانہ ایفاء واستیفاء
والاجارۃ والاستیجار والایداع والابضاع والمسافرۃ علے ما ذکرناہ من قبل ونوع لا یملکہ بمطلق العقد
ویملکہ اذا قیل لہ اعمل برایک وہو ما یحتمل ان یلحق بہ فیلحق بہ عند وجود الدلالۃ وذلک مثل دفع المال مضاربۃ

او شركة الى غيره وخلط مال المضارب بماله او بمال غيره) قوله فصل فيما يفعله المضارب الخ قال في غاية البيان وكان القياس ان لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي ان تذكر المسائل المذكورة فيه في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمه انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما ذكره بقوله الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمه لا يجدي شيئا في دفع ما ذكره اولا لان زيادة الافادة انما تقتضي ان لا يقتصر على ما ذكر ما في الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمه ولا تقتضي ان يذكر بعضها ثمه وبعضها هنا في فصل على حدة فيبقى مقتضى القياس الذي ذكره في اول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة انتهى اقول لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك يكمن فيه شيء آخر يجب حله وهو ان قوله وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر مرة اولى وقد قال اولا ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب وحل ذلك ان المراد بالاعادة اعادة جنس افعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر منها واعادة جنسها انما يقتضي ذكر جنسها مرة اولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تامل (لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فداخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس مال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رح انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا) قوله لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الى آخره اقول فيه شيء وهو ان هذا الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة ايضا في المدعى كما ترى (قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى آخره قال صاحب العناية وكلام المصنف رح يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى اقول الظاهر في بيان ايهام كلام المصنف رح اختصاص الابضاع ببعض المال ان يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فان منشا الايهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز ان يراد بكلمة من البيان لا التبعيض الا يرى انه لو قال فان دفع ما اخذه قبضه من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الايهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ



كما ترى يقتضي ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة واما صاحب الكافي فلما راى لفظ المصنف رح موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة او شيئا منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى (وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعلى المضارب ولا مال هنا للمضارب فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراؤه وكراؤه في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المراة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال ولو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المراة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها) قوله وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال الى آخره قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رح رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه ان علة فساد المضاربة عند زفر رح في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه ان المضارب لو صرح بالتوكيل يصح المضاربة عنده ايضا في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح ان علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على ان المراد لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى (قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل

برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع اذا صبغ المغصوب) قوله فان كان معه فاشترى بها الى آخره قال صاحب العناية وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ اقول هذا الكلام منه ليس بشئ لانه ان اراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا وان اراد انها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية ايضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من احد انواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منها على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتها كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجها تحت اصل كلي ما كيف وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواضع (واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلط فلا يضمنه) قوله واذا صار شريكا الى آخره قوله اعمل برايك انتظامه الخلطة فلا يضمنه قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضاربة فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قال المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك انتهى كلامه اقول في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قيل فرعا لكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الى آخره لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قيل فرعا لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان الفعل المضارب ههنا وهو صبغها احمر جهتين مختلفين اولهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيهما الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير ماذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح للاول الذي اشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي ان يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادتين لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ماذونا في فعله هذا وغير ماذون ثم اقول الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون الى آخره ان يختار كونه ماذونا به بقوله اعمل برايك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصور على ان يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة منفردا او منضما الى غيره مما لا حاجة في التمييز كخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد اشار اليه المصنف رح ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلط فلا يضمنه تدبر

فصل آخر) لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها



قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال رض هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلث ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة لانه دفعه مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الالفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلثة آلاف يرفع راس المال ويبقى خمسمائة ربحا بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا قيمته الفان ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه واما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم قال وان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت الالف يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم وراس المال جميع ما يدفع اليه رب المال لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر) قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا الى آخره يعني ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب بعد وكيلا

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر امينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعذر قد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المصنف رح دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذ رجع عليه بالف اخرى اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان قول المصنف رح لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن ان يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله ان السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا واما ثانيا فلان قوله واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير ان يرجع عليه الوكيل بالف اخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشي من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد امانة الا يرى ان الوديعة اذا هلكت في يد المودع من غير تعد منه يلزم للمودع مثل هذا الضرر مع انه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب واما ثالثا فلان قوله واما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا اهون الامرين غير متمش فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شيء من راس المال حتى يلحق الهالك فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد اخرى جار في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبي ثلثة اوجه في الفرق بين المضارب والوكيل احدها ما ذكر في الكتاب والثاني انا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخرى ضاع ذلك اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار اهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى اقول في كل واحد من تلك الاوجه الثلثة نظر اما في الاول فلما عرفته آنفا واما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي ان لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة اولى ايضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع انهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة اما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الاولى ايضا لعلة مذكورة واما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة اولى والمصير على الوجه الثاني ههنا وروده ثانيا والثالث جواب صاحب العناية عن نظره تامل تقف ثم اقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه ان يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعده لم يكن له



ان يرجع على الموكل ولهذا لم يرجع عليه اصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء امانة في يده وهلك بعد الشراء وقد اشار اليه المصنف رح بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعله مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

## فصل في الاختلاف

(اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب اخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين (قال واذا كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكره في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات قال ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قوله ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال الى آخره قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفق على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة اقول تسمية احد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال ان يكون مضاربا في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا بالمشاكلة بما ذكر في جواب هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وقول الشاعر ؎ قالوا اقترح شيئا نجد لك طبخه قلت اطبخوا لي جبة وقميصا (لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة) قوله لان المضارب يدعي الى آخره حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف رح يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث قال اي تملك الربح وسلك صاحب العناية ايضا هذه المسئلة حيث قال لانه يدعي عليه تمليك الربح اقول الظاهر ان مراد المصنف رح بالتملك ههنا تملك اصل المال ان دعوى الاستقراض دعوى تملك اصل المال واما تملك الربح فانما تابع لتملك اصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح اما اولا فلما اشرنا اليه من ان الاصل في دعوى تملك اصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل واما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد ينفك عن دعوى تملك اصل المال كما اذا ادعى المضاربة

فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق اصل المال فادعى مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح واما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته ايضا اشكال يظهر ذلك كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد الفقه واقوال الائمة (فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى آخره قال صاحب النهاية ورب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال اقوى في القبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده ايضا انتهى كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف رح لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه اقول جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفة لاذن رب المال فانه يدعي الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه ان يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لا لانه ليس يدعي شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا وكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف رح وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف رح ههنا فتدبر (ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الى آخره اقول لقائل ان يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب لجواز ان يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بان يحمل ما ذكره اولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقتت احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال اقول يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف رح من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن ان يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم التوقيت كما ترى ولقد احسن صاحب النهاية في اسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف رح شيئا ولو وقتت البينتان الى آخر شيئا من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولقد قال بعد ما استشكل قول المصنف رح فيما قبل والبينة بينة المضارب الى آخره واما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم في دعواهما الخصوص واحدا وذكر ما في الذخيرة مفصلا مندرجا فيها المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا نظره منافاة ذلك لما ذكره المص رح لاعترافه بان ما ذكره المصنف رح ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

## كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شئ وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي



الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيه اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من اشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلوة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة اقامة للملوك مقام السلوك والخيانة اقامة الملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي عن تركهم اياها قال شمر زعمت النحوية ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي عليه السلام افصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانه شئ يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك بل هي في اللغة بمعنى المتروكة وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الا بتاويل بعيد لا يساعده لفظه وهو ان يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذي هو الترك قال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال اقول الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وانما التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شئ كان مالا او غير مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الايداع بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة واقول فيما ذكر في الكافي والكفاية ايضا شئ لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة اعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول ايضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال اودعته مالا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة ايضا لما اطبق ارباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم ان يقولوا يقال اودعته شيئا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب من صاحبي الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شئ كان مالا او غير مال قالا ايضا يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدا به شئ يوهم العموم بل فيه ما ينبئ بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما حذف ذلك (قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) قوله الوديعة امانة في يد المودع الى آخره قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدا والخبر اذ لا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدا وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث اسد والحبس منع ومراد المص رح ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا النقل عن الامام

بدر الدين رہ الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة اى هنا كلامه اقول يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور ان التقرير المسفور يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة اصلا وكذا جعل حكم الاولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى ان لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يجتمعان على شئ واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتبين التباين وحمل احد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين انتهى اقول قد كان لا حاجة الى ما ذكره من حيث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ انه لا يصح قول المصنف رح الوديعة امانة في يد المودع اذ التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن ان يكون في يد المودع ولكن دفعهما معا بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي ذلك ان تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا نعم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا انه لا بد من المصير اليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام فان في تركه المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم الا يرى انه قال في النهاية والكفاية فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشئ امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد يكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشائخ بقي ههنا شئ وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في اواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان واما ما ذكره المصنف رحمه الله هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز ان يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردري كما مر قال والاولى من الجواب فيه ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قولنا هو الامانة عنده اى غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة بسبب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه واراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا انتهى اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة في الكتاب يعني غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بصحة ان يقال ان الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشئ بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليست شرعي اى علم هذا من اقسام الاعلام انتهى كلامه اقول ودفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو



مضمون كان من اعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الاجناس التي ذكروها في كتب النحو وبينوا احوالها في تعريف العلم بما وضع لشئ بعينه غير متناول بوضع واحد فمن اتقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه (ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به) قوله ولانه لا يجد اقول فيه شئ وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكونه مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضى المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى ان يترك قوله فكان المالك راضيا به ويقال بدله فامتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي (فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع فان طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه ان خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنها الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة معه فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه) قوله فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم الى آخره اقول فيه ايضا شئ وهو ان ظاهر هذا التعليل ايضا يقتضي له ان يضمن ايضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يد نفسه فالاظهر ان يقال لان المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم واودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي حيث قال لان الايدي مختلف في الامانة فلا يكون رضاه بيدهم رضى بيد غيرهم (ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رح شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع

فيشبه كان وهذا بالاتفاق فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره
بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه
او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم زال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان
لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع
حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ
في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ
فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع منه فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد
اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع
او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع
لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير
صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين
ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فيبقى الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته) قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الى آخره قال بعض الفضلاء فيه تامل فان المعلول ههنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة
انتهى اقول هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا ولا شك انه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك
الشيء بل يجوز ان يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة ابدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة
نفسها فلا يصلح ان يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان المعلول ههنا عندهما جواز الشركة
قبل ان يتعلق مشيئته للمودع بالشركة ونفس الشركة بعد ان يتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا موجبان جواز القسمة تامل (وللمودع
ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال
الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا
ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به و
الشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف هو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد يلزمه في
ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها
بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة
فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر
احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه نصيبه) قوله وللمودع
ان يسافر بالوديعة الى آخره قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان
آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله انتهى اقول هذا التحرير مختل
ومل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا المجموع ما ذكره بان كان قوله اذا كان الطريق آمنا شرطا وما بعده جزاءه فسد المعنى
جدا اذ يلزم حينئذ ان يكون ما كان الطريق مخوفا قسما مما كان آمنا فيلزم ان يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول



القول قوله اذا كان الطريق آمنا فقط بان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر
الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله
واذا كان آمنا وله بد من السفر الى آخره تفصيلا لحكم كون الطريق آمنا في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام ايضا لانه ان اراد
بقوله اذا كان الطريق آمنا في قوله قالوا اذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو
الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان اراد بذلك ما هو
مقيد بان لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك التقييد
كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق
اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف رح فيما بعد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه
ولم ينقل عن احد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة ان كان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكروا ذلك
التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا او ان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث
قال هذا كله اذا كان الطريق آمنا اما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بد من السفر ان يسافر
باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه تمكنه ان يتركها في اهله كذا في الجامع الصغير لقاضي خان انتهى وتحرير صاحبي الكفاية ومعراج
الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين الحفظ في المصر فسافر ان كان سفرا له منه بد ضمن وان
كان سفرا لا بد له منه فان امكنه الحفظ مع السفر بان امكنه ان يترك واحدا من عياله هو مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن
انتهى وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وافسد معنى المقام (وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا
الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد
بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم
اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائب
لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع
ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع) قوله وفي الجامع الصغير ثلثة الى آخره قال في العناية ذكر رواية الجامع الصغير
ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو
موزون انتهى اقول فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على ان موضع
الخلاف هو المكيل والموزون وقوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشيء اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل
لا الحصر كيف ولو افاد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل اصلا بمقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون
الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراية قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في
رواية كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب الوديعة القاضي لا يامر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي
لا يامر المودع بالدفع فله ان ياخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان ياخذه زالت هذه الشبهة وفائدة اخرى ان رواية كتاب
الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلثة اقل من
نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يؤخذ من الوديعة واما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا لا بالعاقلة

اخذه قبلين برواية الجامع ان كليهما سواء انتهى اقول في الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير ان ليس
للحاضر ان ياخذ نصيبه عند ابي حنيفة رح وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده المساعدة
هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس باقل من نصيب الغائب في تلك الرواية
فلا مجال لتوهم ان يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة
بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا ان يكون بناء تلك الفائدة على قول ابي يوسف رح ومحمد رح في هذه المسئلة
دون قول ابي حنيفة رح فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان
الديون تقضى بامثالها) قوله بخلاف الدين الى آخره اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير
بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ان شرح هذا المقام اولا بهذا وفيه نظر لان
الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان المديون مامور
بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين
بعينه بل لا بد من ان يقضى بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان مامورا به وبالجملة ليس
كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما اخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب
العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي
بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما و
القضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كلام المصنف رح لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون
المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا باعيانها
لا يدل على ان الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون
فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون وهذا مما لا سترة له واما ثانيا فلان ما توهمه في نظره
السابق من لزوم كون الانسان مامورا بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اولى بالورود على تقريره نفسه بدون
ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون
ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا احق بما توهمه كما ترى والمدفع ما اوضحناه من قبل (وقوله وياخذه قلنا
ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان
ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى
الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند
ابي حنيفة رح وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظه
باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر بحصته كما في ما لا يقسم وله
انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض
دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع
عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان



المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى
زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له
منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه
عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان
كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا
الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد
فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين
يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها
البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر
فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان
ضمن الاول لا يرجع على الآخر وان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب
وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان
ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على
الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه
لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة
الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره) قوله له ان ياخذه الى آخره اي قول الخصم
في هذه المسئلة كذا وهو الامامان على ما مر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن
اي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه واما سائر الشراح فلم يتعرض احد منهم لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا قلنا ليس من
ضرورته ان يجبر المودع على الدفع الى آخره جواب عن قول الامامين له ان ياخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع
على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز اي من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره
فلغريمه اي الغريم المودع بكسر الدال ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه كذا في العناية وغيرها اقول ههنا اشكال وهو ان هذا
الجواب ما يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وهذه دال على عدم جواز اخذ
احد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز اخذ احد الشريكين
نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند ابي حنيفة رح ايضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده كجواز اخذ غريم المودع بالكسر
ما اودعه عند انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع ان يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز اخذ الشريك
الحاضر نصيبه من المودع بدون ان يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند ابي حنيفة رح لما احتيج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان
له ان ياخذه الى التشبث بحديث ان ليس من ضرورات جواز الاخذ ان يجبر المودع على الدفع بل لما افاد ذلك الحديث
المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ ايضا فالجواب المزبور انما يتمشى على ما ذكر في
مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم ان صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما

ولهذا كان له ان ياخذه فكذا ههنا يومر بالدفع اليه ولو كان المال في ايدي الشريكين كان لواحد منهما ان ياخذ نصيبه بغير رضى الآخر
فكذلك ههنا له ان ياخذ نصيبه من المودع وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان في ايديهما كان له ان ياخذ نصيبه نقول
لا يلزم من ذلك ان ياخذ نصيبه من المودع الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز ان ياخذ
حقه من مودع الغريم اذا اخذ من الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا
ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه الى ههنا كلام ذلك الشارح اقول فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن
لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقرير المصنف رح لا يساعده ذلك جدا فتبصر (قال ومن كان في يده الف
فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح
ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث) قوله وشرح ذلك الى آخره
اي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا مع اثنين بكماله كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق
عندي في هذا المقام فيتم التعليل حينئذ لقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة اصلا واما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على
صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بان يودعه احدهما فيشتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم
يودعه ايضا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما ذكر في اصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه يدل على
ان كل واحد منهما ادعى انها ملك له في الحال اودعها اياه ولا شك ان العين الواحد لا يتصور ان يكون ملكا للاثنين بكماله في حالة
واحدة ولا ان يكون مودعا من اثنين بكماله في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع احدهما الالف
ممن هي في يده وزال ملكه عنها ايضا باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل ان يصدقا معا في دعواهما المزبورة
(ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا
اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة
وان نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما
لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي بها) قوله ويحلف لكل واحد الى آخره قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقين لان كل
واحد منهما يدعي الفا اقول يرد عليه ان كل واحد منهما انما يدعي الفا معينا وهو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسئلة والنقود
تتعين في الودائع على ما تقرر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبيين فمن اين يدل هذا على تغاير الحقين
ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال والظاهر ان تغاير الحق المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما هو
في الدعوى من قوله عليه السلام لك يمينه انتهى اقول ليس هذا بمفيد ههنا لان ما يقتضيه ان يكون لكل منهما حق في يمينه انما
هو عدم الاكتفاء بتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل تحصيل تحليفه لهما
معا وانما الذي يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد مرورا ان يكون لكل واحد منهما حق في يمينه الا ترى انهما لو ادعيا منه معا
شيئا واحدا اشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعا مع انه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد
منهما على الانفراد والاظهر في تعليله ان يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما يحلف
لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر (اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره
ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما



في الحجة كما اذا قاما البينة بعزم الفا بينهما الا انه يوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في
حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين
نكل ذكر الامام البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول
لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رح انه
نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا
ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد له لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا
عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء
على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رح خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة
وقد وقع فيه بعض الاطناب والله اعلم) قوله اما النكول انما يصير حجة الى آخره قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء
بان يقضي بالالف للاول او للثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا
كان الالف بينهما انتهى اقول لا صحة لقوله او للثاني اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكول ذي اليد للاول والكلام فيه
فالمحتمل ههنا وجهان لا غير والعجب انه قال في التعليل لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا
كان الالف بينهما وهذا قطعي في ان المحتمل ههنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو ان سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء
بان يقضي بالالف لهما او لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان قولهم او لاحدهما يعم الاول والثاني فحرره فيما وقع مع ان مرادهم به احدهما بعينه وهو الاول

## كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في اول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة اما لغة فقد قال الجوهري في
الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في
المغرب العارية اصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار العيب او العري
خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكر في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان
في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب
فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون
قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها واما
شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي رح هي عبارة عن اباحة الانتفاع
بملك الغير وسياتي دليل الطرفين في الكتاب (قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام
دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رح يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها
ينعقد بلفظة الاباحة فلا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك
الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك
والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا
المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة

الاباحة وهي تمليك) قوله ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك الى آخره اقول فيه بحث من وجهين احدهما ان للخصم ان يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ونقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح او من العارة كما ذكر في المغرب او من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الائمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما ان للخصم ان يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الاباحة لجواز ان يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعنى الاباحة لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظ الاباحة ان لفظ الاباحة استعيرت للتمليك على ما سيأتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه اقول كل واحد من اوجه بحثه ساقط اما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كان يقال هذا التعريف هو الصحيح او هو الحق ولا شك ان مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بان الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما ترد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان امر الاستدلال ههنا ايضا كذلك واما الثاني فلان المصنف رح لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد باثبات هذا دفع توهم الخصم ان المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى ان قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته اي قبول المنافع لهما ايضا واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في اصول الفقه وان اراد انها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما اي الاعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف رح والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى اقول وفيه بحث من اوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله ان مآل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصوير ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه ايضا ان التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك ان اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث ان الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن ان يجاب عنها راجع الى اوجه بحثه مع ان ما ذكره في الجواب على تقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون



غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف رح ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية يبقى البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك واما ثانيا فلان قول المصنف رح هي تمليك المنافع بغير عوض بحمل التمليك عليها بالمواطأة ينادي في ظاهر كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف رح ما ينافيه ظاهرا واما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في اول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي رح انتهى فان توجيهه هذا يقتضي ان يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك اما من الاول فمسلم واما من الاخيرين فلا انتهى اقول سلامته من الثاني ايضا ظاهر اذ على تقدير ان يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليل المذكور انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يجعل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى) قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة الى آخره جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه اقول فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك اصلا مع جهالة المدة فيلزم ان لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده الاستدلال على ان العارية هي الاباحة دون التمليك لا على انها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى في العبارة ان يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الى آخره تأمل (قال) وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه) قوله وتصح بقوله اعرتك الى آخره قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه اي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تأمل فان تخصيص الاول بكونه صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك فلا يحسم مادة الاشكال انتهى اقول هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه واراد المصنف رح بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره في مقابلته كما بينه صاحب العناية فان اراد ذلك البعض ان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك اي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن

قرينة على انه اراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان اراد ان تخصيص الاولى بذلك يوهم ان الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن الاشكال فيه حتى لا نحسم مادته (ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال (واخدمتك هذا العبد لانه اذن اي في استخدامه (وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك (وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه) قوله ومنحتك هذا الثوب الى آخره قال صاحب الكافي كان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئان احدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى اقول مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين هو الثاني دون الاول وبين التاويل ههنا وفي قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شيء واحد لا محالة فلا غبار في الجواب لا يقال يجوز ان يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يابى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب (قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رح يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قوله ولهذا كان واجب الرد اي آخره قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا انتهى كلامه اقول حمل الشارح المذكور قول المص رح ولهذا على الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقتفى اثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض عن سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين احدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فمقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله يصير المعنى على تقدير ان يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء واما على تقدير ان يكون اشارة الى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضروريا جواب عن سوال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال احق بان يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي اخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفريع هذين النوعين (ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اولاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه) قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان الخ

قال صاحب



قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اولاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض وانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه انتهى كلامه اقول لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال احد اصلا ولهذا لم يتعرض المصنف رح لنفي ذلك قط في اثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة قد رد الشارح المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبته ذلك الى المصنف رح بقوله يعني خروج عن سنن الصواب (والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض) قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع الى آخره جواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقرير القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمه تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها اقول للخصم ان يقول اذا لم يكن القبض ايضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا واما اذا هلكت في غيرها فينبغي ان يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع يظهر فيما وراء طريقة المنع الى القول بالموجب وقد افصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن لقبض العين يثبت ضرورة الانتفاع فيما قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه لا ينتفع بملك نفسه آناء الليل واطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك اخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه واشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية ايضا فتبصر والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير ان يوجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجره ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المواجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم) قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون الى آخره جواب عن قول الشافعي رح وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان انتهى كلامه اقول لا يخفى على ذي فطنة ان تحرير هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى الماخوذ بالعقد فيصير المعنى

مع الضمان

فلا يظهر

يحمل

فصار الماخوذ بالعقد كالماخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه لعناية وهي ان تحمل الباقي قوله
لان الماخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالماخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان الماخوذ بملابسة العقد
اي ما كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالماخوذ بسبب نفس العقد فيؤل الى ما ذكر
في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض
بجهة الشراء اذ القبض بجهة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته انتهى ثم اقول لا حاجة في حل كلام المصنف رح ههنا الى
ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل احدهما
ان يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه
على ان يكون الآخذ من اخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من اخذه وثانيهما ان يكون معناه لان الاخذ في العقد اي الماخوذ لاجل العقد له
حكم العقد على ان تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وقوله عليه السلام ان
امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في مغني اللبيب فالاخذ حينئذ من اخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب
العناية اخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان
معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا انتهى
اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا اصلا اذ لا يقتضي ان يكون للاخذ في العقد حكم
العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا
ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع
لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد اخذه
من يد مالكه باذنه فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي اداه من ملكه مجانا اي بلا عقد ولا تعد في شئ فيلزم النظر لاحد
المتعاقدين في العقد وترك النظر عن الآخر تامل (قال وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي
ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة
للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا و
نحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة) قوله وله ان يعيره اذا كان الى
آخره قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكر النظائر الامام التمرتاشي
اقول في اكثر هذه الامثلة اشكال اما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح في آخر هذه المسئلة بقوله
فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه مخالف لما سيجئ في كتاب الاجارات
في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمهما عند
الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شان الحمل حيث قالوا في كتاب
العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وممن ظهر المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين
صاحب الكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في
الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت



في الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى واما في مثال الزراعة فلانه سياتي
في كتاب الاجارات في الباب المزبور انه لا يصح عقد الاجارة في استيجار الاراضي للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع
فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما تختلف باختلاف المستعمل وعن هذا
مثل الامام الزيلعي رح ما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بامثلة وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة
واما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما ولذا لا يدخل سكناهما في استيجار الدور والحوانيت
للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى ايضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن ان يجاب عن هذا بان الاضرار
بالبناء اثر الحدادة والقصارة لا اثر السكنى لان مجرد السكنى لا يوثر في انهدام البناء فيضاف انهدام البناء الى الحدادة والقصارة
كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في امر خارج عنه و
المثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك
في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه
رضي باستعماله لا باستعمال غيره) قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك الى آخره جواب
عن قول الشافعي رح المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل
في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها اقول فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي رح دفعه حيث
قال في ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك
في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف رح ههنا جوابا
عنه اللهم الا ان يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشئ وعند
كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا يندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى
اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف رح ههنا وقد مر الكلام
فيه اقول لم ير منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من ابحاث الثلاثة التي اوردها في صدر كتاب العارية ودفعه
كله هناك لكنه ايضا ليس بمتمش ههنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون
الفرع نظير الاصل والمنافع ليست من نظير الاعيان ولا شك ان المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع
نظير الاصل قطعا (قال وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت
والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان
تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد) قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الى آخره قال عامة
الشراح اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة اقول فيه اشكال لان المذكور في الكتاب هو ان
للمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف
باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما يختلف
باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه واما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية
الاجارة مطلقا اي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف به وهذا مما اطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى

المصنف رحـ نفسه حيث قال في آخر هذه المسألة فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله
ان يركب او يركب غيره وان كان الركوب مختلفا انتهى فقول المصنف رحـ وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير ان يريد
بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يتم ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف
باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له ان يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على
مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح انهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رحـ
بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في
شرح قول المصنف رحـ وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسألة المتقدمة بل الى ان للمستعير ان ينتفع بالعارية
ما شاء اذا اطلقت العارية انتهى اقول هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح
ان يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رحـ ههنا ولا يشار باسم الاشارة الا الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة
المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى والانصاف ان المصنف
لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بان يقول والاعارة على اربعة اوجه لكان
احرى ولقد احسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال اولا وله ان يعير وذكر خلاف الشافعي رحـ وبين دليل
الطرفين ثم قال ثم هذه المسألة على وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان اعار ثوبا للبس ولم يبين
اللابس او دابة للركوب ولم يبين الراكب او دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا الوجه له ان يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت
الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا
باطلاق اللفظ واما ان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار ليلبس بنفسه او ليركب بنفسه او ليحمل بنفسه فله ان يعير فيما
لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب
ثم قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير واما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على اربعة اوجه فذكر ما ذكره المصنف رحـ
من الوجوه الاربعة (الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون
مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار
دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان
كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين
ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب) قوله الا اذا كان خلافا الى
آخره كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او حمل عليها قفيزا من شعير هذا في
الاستحسان وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا يرى ان الوكيل بالبيع
بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر
عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها اقول لقائل
ان يقول ما ذكروا في وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على
ما صرحوا به مع ان ما ذكروا في وجه الاستحسان ههنا جار هناك ايضا بعينه فينبغي ان ينفذ بيعه ايضا فتأمل



قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن
الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض
ادناهما فيثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا
اطلق الاعارة) قوله اولان من قضية الاعارة الى آخره اقول يرى هذا التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة
منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بان من شرطها كون المستعار
قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية
عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم
يتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تاثير فيها اصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا
لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة
في مسئلتنا هذه مجازا او كناية عن معنى الاقراض فيمكن بلا مناسبة في صلاحية ذلك لان يكون علة اصل المسئلة كما هو الظاهر من
اسلوب التحرير فعليك بالتامل الصادق (اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها
دكانا لم تكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده
قوله اما اذا عين الجهة الخ اقول لقائل ان يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا ايضا فكيف يتم
ما ذكر سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن ان يجاب بان المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد
انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب واما عند تعيين
الجهة فيظهر ان المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف رحـ لا تساعد
التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فيقتضي انتفاء امكان الانتفاع
بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقل
فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها
ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة
فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت
العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه
الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف
الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو
الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري رحـ في المختصر وذكر الحاكم الشهيد
انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه
قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض
لانه صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ للاصل
منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين

قوله وضمن الغير مانقص البناء والغرس بالقلع الى آخره قال صاحب الغاية اى نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذى فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين انتهى كلامه وتبعه الشارح العينى اقول لا يظهر وجه صحته لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذى نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء منتقضة بالقلع ويمنع الفصاحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير اما على تقدير كون ما مصدرية فواضح واما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع اليها على ان يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص فى دينه وعقله كما ذكر فى القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقى الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعنى اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع فى الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بها انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكرا معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذى ذكره صاحب العناية غير انهما قالا بدل قوله يرجع بها فيرجع ثمانية دنانير فكان بعض العلماء اخذ مما قالا رخصة فاورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى ان يرجع بها كما لا يخفى انتهى اقول لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقص فى قوله يكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريق القلب ولا يخفى انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا واما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانهما ارادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين ثمانية دنانير فيرجع ثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتى هؤلاء الشراح واندفع ما اورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى واجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اى القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر فى عامة متون النحو وشاع ان الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الى موصوفها وانما جوز ذلك مذهب سخيف كوفى لا ينبغى ان يصار اليه فى توجيه كلام الثقات على ان النقص فيما نحن فيه لا يصلح ان يكون صفة للقيمة الا بعد ان يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمرى ان من عادة ذلك الفاضل ان يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر فى توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغى له ذلك (بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه) قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية الى آخره اقول لقائل ان يقول اذا كان وقت فى الغرس لانه ليس له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغى ان لا توخذ الارض منه ههنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب



ان المراد ان الغرس ليس له فى نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز ان لا يقلعه المستعير فى تمام ذلك الوقت اما لبعد منه بحيازته نفسه او بمانع يمنعه عنه فيلزم ان يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له فى نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا واما ما قاله بعض الفضلاء من ان الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت او لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس بتام لان تعيين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز ان يسكن صاحب البناء فى البناء اشتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة فى نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم توخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس اصلا ومما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف رح ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد حيث قالا فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان البياع كما هو العادة انتهى كلامهما تامل ترشد (واجرة رد العين المستاجرة على المواجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه) قوله لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية الى آخره قال صاحب النهاية فان قيل كما ان المنفعة سالمة للموجر فكذلك هى سالمة للمستاجر ايضا وهى الانتفاع بمنافع العين المستاجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للموجر غالب حقيقة وحكما وما حصل للمستاجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة الموجر اولى والى هذا اشار الامام المحبوبى وغيره فى باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالا ومنفعة المستاجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الآجر اكثر ما فيه ان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر اقوى لانه مالك العين وملك المستاجر فى المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد اخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبوعا اولى من المنفعة انتهى اقول فى الجواب نظر اذ الظاهر ان مرادهم بالمنفعة فى قولهم ان منفعة الآجر عين هو الاجرة كما صرح به فى الكافى والاجرة لا يلزم ان تكون عينا البتة اذ قد صرحوا فى كتاب الاجارات بان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بان منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفى القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد الى الدار ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط فصح رده وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب والوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه يضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من فى العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العوارى لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن

ممنوع

استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان كان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشائخ رحه وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحه وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب) قوله وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى آخره قال صاحب العناية في تحرير هذا المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه قد ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه انتهى كلامه اقول هذا تحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الى آخر كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي ان يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره احد سواه ههنا بل ما ذكروه في محله فيما سياتي كما ترى

# كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك انت العزيز الوهاب وهذا يكفي لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة اصلها من الوهب والوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والموعظة فكانت من المصادر التي تحذف اوائلها ويعوض في اواخرها التاء ومعناها ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا او غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره واما في الشريعة فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون اقول يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم ار احدا من الشراح هذا الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا الايراد مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك عين بلا عوض وقال في شرحه اي بلا شرط عوض الا ان عدم العوض شرط فيه لئلا ينتقض بالهبة بشرط العوض انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليتم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع ايضا كما لا يخفى فلزم ان ينتقض طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا ينفع المحذور بذلك بل يشتد ثم اقول يمكن الجواب عن اصل النقض بانه يجوز ان يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب

عوض



عوض فالمعنى ان الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا انها ليست بشرط الاكتساب الا يرى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا اخرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم اقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو انه يصدق على الوصية بالمال فانها ايضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زادوا قيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال تخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال (الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك وقال مالك رحه يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت) قوله وتصح بالايجاب والقبول الى آخره قال صاحب النهاية اي تصح بالايجاب وحده في حق الواهب وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال ايضا مراده الحصر والمختلف وبنى صاحب العناية ايضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع انتهى والشارح العيني ايضا اقتفى اثر هؤلاء وبالجملة اكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده اقول هذا الذي ذكروه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رح فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل انتهى الا انه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام لان قوله اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد بهذا ايضا قوله والقبض لابد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا يستره بعد من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذاك التصريح عنهما ينافي القول منهما ههنا بان الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك ان الشيء لا يتم ببعض اركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب والقبول لانه فعل الغير انتهى كلامهما اقول هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف رح ههنا الا انه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه نفا

والیضایۃ وعلیہ ان التعلیل المذکور للحنث فیما لو حلف ان لا یہب فوہب ولم یقبل یقتضی ان یحنث ایضا فیما لو حلف ان لا یبیع فباع ولم یقبل لان المقدور لہ فی کل عقد ہو الایجاب لا القبول مع انہ لا یحنث فی صورۃ البیع کما مر جوابہ والحاصل ان کلمات القوم فی ہذا المقام لا تخلوا عن الاضطراب وعن ہذا قال صاحب غایۃ البیان واما رکنہا فقد اختلف المشائخ فیہ قال شیخ الاسلام خواہرزادہ فی مبسوطہ ہو مجرد ایجاب الواہب وہو قولہ وہبت ولم یجعل قبول الموہوب لہ رکنا لان العقد ینعقد بمجرد ایجاب الواہب ولہذا قال علماؤنا اذا حلف لا یہب فوہب ولم یقبل یحنث فی یمینہ عندنا وقال صاحب التحفۃ رکنہا الایجاب والقبول ووجہہ ان الہبۃ عقد والعقد ہو الایجاب والقبول الی ہنا کلامہ وقال صاحب البدائع اما رکن الہبۃ فہو الایجاب من الواہب فاما القبول من الموہوب لہ فلیس برکن استحسانا والقیاس ان یکون رکنا وہو قول زفر رح وفی قول قال القبض ہنا رکن وفائدۃ ہذا الاختلاف یظہر فیمن حلف لا یہب ہذا الشئ لفلان فوہبہ لہ فلم یقبل انہ یحنث استحسانا وعند زفر رح لا یحنث ما لم یقبل وفی قول ما لم یقبل ویقبض واجمعوا علی انہ اذا حلف لا یبیع ہذا الشئ لفلان فباعہ فلم یقبل انہ لا یحنث الی ہنا کلامہ (ولانہ عقد تبرع وفی اثبات الملک قبل القبض الزام المتبرع شیئا لم یتبرع بہ وہو التسلیم فلا یصح بخلاف الوصیۃ لان اوان ثبوت الملک فیہا بعد الموت ولا الزام علی المتبرع لعدم اہلیۃ اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصیۃ فلم یملکہا) قولہ ولانہ عقد تبرع وفی اثبات الملک الخ یعنی لو ثبت الملک بمجرد العقد تتوجہ المطالبۃ علیہ بالتسلیم فیؤدی الی ایجاب التسلیم علی المتبرع وہو لم یتبرع بہ وایجاب شئ لم یتبرع بہ یخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات کذا فی الکافی وبعض الشروح ورد بان المتبرع بالشئ قد یلزمہ ما لم یتبرع بہ اذا کان من تمامہ ضرورۃ تصحیحہ کمن نذر ان یصلی وہو یحدث لزمہ الوضوء ومن شرع فی صوم او صلوۃ لزمہ الاتمام واجیب بانہ مغالطۃ فان ما لا یتم الشئ الا بہ فہو واجب اذا کان ذلک الشئ واجبا کما ذکرت من الصور فانہ یجب بالنذر او الشروع وما لا یتم الواجب الا بہ فہو واجب والہبۃ عقد تبرع ابتداء وانتہاء فانہ لو وہب وسلم جاز لہ الرجوع فکیف قبل التسلیم فلا یلزمہ ما یتم بہ کذا فی العنایۃ اخذا من النہایۃ اقول فیہ کلام اما اولا فلان قولہ فانہ لو وہب وسلم جاز لہ الرجوع فکیف قبل التسلیم منقوض بالہبۃ للقریب وبالہبۃ المعوض عنہا ولغیرہا مما یتحقق فیہ المانع عن الرجوع کما سیاتی واما ثانیا فلانہ اذا جاز لہ الرجوع قبل التسلیم وبعدہ فلم یکن فی اثبات الملک قبل القبض الزام المتبرع شیئا لم یتبرع بہ وہو التسلیم اذ بجواز الرجوع قبل التسلیم ینتفی لزوم التسلیم فمن این یجب الزام التسلیم فلیتامل فی الدفع (فان قبضہا الموہوب لہ فی المجلس بغیر امر الواہب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم یجز الا ان یاذن لہ الواہب فی القبض والقیاس ان لا یجوز فی الوجہین وہو قول الشافعی رح لان القبض تصرف فی ملک الواہب اذ ملکہ قبل القبض باق فلا یصح بدون اذنہ ولنا ان القبض بمنزلۃ القبول فی الہبۃ من حیث انہ یتوقف علیہ ثبوت حکمہ وہو الملک) قولہ ولنا ان القبض بمنزلۃ القبول الی آخرہ قال الشراح قولہ فی الہبۃ متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنی ان القبض فی الہبۃ بمنزلۃ القبول فی البیع من حیث ان الحکم وہو الملک یتوقف علیہ فی الہبۃ کما یتوقف علی القبول فی البیع وبہ صرح فی المبسوط واشار الیہ فی الایضاح وقال بعض الفضلاء ولا اورد ما المانع عن تعلقہ بالقبول فان التوقف لا یستلزم الایجاب التام انتہی اقول لعل المانع عنہ ہو ان احد جانبی المتبادر من کون الشئ بمنزلۃ الشئ ان یکون قائما مقامہ وہذا لا یتصور فیما اذا کانا فی عقد واحد کالقبض والقبول فی الہبۃ فان کلا منہما



حینئذ یعطی حکم نفسہ بنفسہ فلا یاخذ احدہما حکم الآخر فلا یوخذ تنزل احدہما منزلۃ الآخر وقیامہ مقامہ بخلاف ما اذا کانا فی عقدین مختلفین کالقبض فی الہبۃ والقبول فی البیع فانہ یجوز حینئذ ان یاخذ احدہما حکم الآخر فیکون بمنزلتہ وعن ہذا قال فی المبسوط ولما کان القبض فی الہبۃ بمنزلۃ القبول فی البیع اخذ حکم القبول فی البیع وثانیہما ان التوقف وان لم یستلزم الایجاب التام الا ان القبول فی الہبۃ کما لا یوجب ثبوت حکم عقد الہبۃ وہو الملک لا یتوقف علیہ ایضا ثبوت حکم عقد الہبۃ لثبوت حکمہ بدون تحقق القبول فانہ لو قال وہبتک ہذا الشئ فقبضہ الموہوب لہ من غیر قبول صح وملکہ لوجود القبض نص علیہ الامام الزیلعی رح فی التبیین وذکر فی الذخیرۃ ایضا فلا یصح ان یقال ان القبض فی الہبۃ بمنزلۃ القبول فی الہبۃ من حیث انہ یتوقف علیہ ثبوت حکمہ وہو الملک بخلاف القبول فی البیع فانہ لا یثبت الملک قطعا ولا یصح عقد البیع اصلا بدون تحقق القبول فیہ وہذا الوجہ الثانی قطعی فی المنع کما تری وطعن صاحب الغایۃ فی قول المصنف رح ولنا ان القبض الی آخرہ حیث قال وکان ینبغی ان یقول وجہ الاستحسان لانہ ذکر القیاس والاستحسان ولم یذکر قول الخصم فی المتن فلم یکن قولہ ولنا مناسبا انتہی وقصد الشارح العینی دفع ذلک فقال بعد نقلہ قلت لما کان القیاس وہو قول الشافعی رح ووجہ الاستحسان قولنا ناسب ان یقول ولنا وان لم یصرح بذکر الشافعی رح انتہی اقول ان تحقق خصم یاخذ بالقیاس فی ہذہ المسئلۃ لما یجوز ان یقول ولنا ایماء الی وقوع منازع فی ہذہ المسئلۃ واما مناسبۃ ہذا القول وحسنہ فانما یحصلان عند ذکر مخالفۃ الخصم فیما قبل کما ہو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغایۃ مواخذۃ المصنف رح بتفویتہ المناسبۃ فی تحریرہ لا نفی الصحۃ والجواز عن کلامہ بالکلیۃ فلا یدفعہ ما قالہ الشارح العینی کما لا یخفی واعترض علی الدلیل المزبور بانہ لو کان القبض بمنزلۃ القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس کما لا یصح امر البائع المشتری بالقبول بعد المجلس واجیب بان الایجاب من البائع شطر العقد ولہذا لو حلف لا یبیع فباع ولم یقبل المشتری لا یحنث فاما ایجاب الواہب فعقد تام بدلیل انہ لو حلف لا یہب فوہب ولم یقبل یحنث استحسانا فیقف علی ما وراء المجلس فیصح الامر بالقبض وقبضہ بعد المجلس وہذا السوال والجواب مذکوران فی عامۃ الشروح وعزاہما فی النہایۃ ومعراج الدرایۃ الی المختلفات اقول فی الجواب بحث اما اولا فلانہ لا یدفع السوال المذکور بل یقررہ لان حاصل ذلک السوال القدح فی المقدمۃ القائلۃ ان القبض بمنزلۃ القبول بانہ لو کان کذلک لما صح فی القبض ما لا یصح فی القبول من التاخیر الی ما بعد المجلس وحاصل الجواب بیان الفرق بین ایجاب الواہب وایجاب البائع بان الاول عقد تام والثانی شطر العقد وجعل ہذا الفرق مدار الصحۃ القبض بالاذن بعد المجلس فی الہبۃ وعدم صحۃ القبول بالامر بعد المجلس فی امر البیع وخلاصتہ ہذا بیان لمیۃ صحۃ القبض فی الہبۃ بعد المجلس وعدم صحۃ القبول فی البیع بعدہ وہذا لا یدفع القدح فی قولہم ان القبض فی الہبۃ بمنزلۃ القبول فی البیع بل تقرر ذلک کما لا یخفی واما ثانیا فلانہم صرحوا بان الحکم فی البیع الفاسد علی ہذا التفصیل المذکور فی الہبۃ لافتقارہ ایضا الی القبض کما ذکر فی الکافی وفی غایۃ البیان نقلا عن مبسوط شیخ الاسلام خواہرزادہ ولا یخفی ان الجواب المذکور لا یتمشی فی تلک الصورۃ راسا لان الایجاب فی البیع الصحیح والایجاب فی البیع الفاسد سیان فی کونہما شطر العقد لا تمامہ فلا یتم الفرق المزبور ہناک واورد بعض الفضلاء علی الجواب المذکور بوجہین آخرین حیث قال فیہ بحث فانہ لو صح ما ذکر یجاز القبول بعد المجلس بامر الواہب وایضا ہذا الکلام یناقض ما تقدم من المصنف رح من انہ عقد والعقد ینعقد بالایجاب والقبول انتہی اقول کلا وجہی بحثہ ساقط اما الاول فلان الملازمۃ فی قولہ لو صح ما ذکر یجاز القبول بعد المجلس بامر الواہب فمسلم فاما بطلان التالی فممنوع اذ قد ذکرنا فیما مر آنفا انہ لو قال وہبتک ہذا الشئ فقبضہ الموہوب لہ من غیر قبول صح علی ما نص علیہ فی التبیین وذکر فی الذخیرۃ ایضا فاذا صح عقد الہبۃ من غیر قبول اصلا فلان یصح بالقبول بعد المجلس بامر الواہب اولی کما لا یخفی واما الثانی فلان قد نقلنا عن البدائع فیما مر ان رکن الہبۃ ہو الایجاب من الواہب اما القبول من الموہوب لہ فلیس برکن استحسانا والقیاس ان یکون رکنا فمدار الجواب المذکور علی الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف رح علی القیاس فلا تناقض بینہما کیف وقد صرح المصنف رح نفسہ فی مسائل متفرقۃ من کتاب الایمان بان الہبۃ عقد تبرع فیتم بالمتبرع ولہذا یقال وہب ولم یقبل والعاقل لا یتکلم بما یناقض کلام نفسہ فوجہ التوفیق

حمل احد هما على القياس والآخر على الاستحسان (والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على
القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس
فكذا ما يلحق به) قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب الى آخره يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات
الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ونقض هذا الفصل
بالبيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل ايجاب
البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع ان يسترده ويحبسه حتى ياخذ الثمن واجيب
بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي
فلا ينتقض به كذا في الشروح اقول لا يرد النقض المذكور راسا اذ لو سلم ان المقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري
فذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل
ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (بخلاف ما اذا نهاه عن القبض
في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول
صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله
ووهبك الله بمعنى واحد) قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق الى آخره اقول لقائل ان يقول انما الحق القبض في الهبة
بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر انفا لا من
جميع الحيثيات الا يرى ان القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن
داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من ان يتقيد القبول بالمجلس ان يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس
ايضا فان تقيد القبول بالمجلس من احكام كونه ركنا داخلا في العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بامر البائع ايضا فلا يتعدى
الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم ان
لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن ايضا فتامل والاوجه في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه
ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب
صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب
له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان
الثابت اقتضاء ثابت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب
يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت
في المجلس وبعد المجلس انتهى (وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء
وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحمل الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد
به تمليك العين) قوله اما الاول فلان الاطعام الى آخره قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية
نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة
التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا



الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه اقول يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المصنف رح بالاضافة الى ما يطعم عينه ان يذكر ما يطعم عينه ويجعل
مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على اصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا
التوجيه انه قال في التنقيح الاصول في اوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى ان الاصل
فيه الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا والحق به التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم
وهي كثيرة فاقيم التمليك مقامها انتهى وقال في التلويح واما نحو اطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه
لم يجعله طاعما قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فللاباحة انتهى كلامه تامل ترشد ثم انه قد ذكر في المحيط
البرهاني نقلا عن الاصل واذا قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة
وان لم يقل فاقبضه يكون هبة او عارية انتهى اقول لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف رح
بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما ان يكون قوله اطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في ان
قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيده بقوله فاقبضه واما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين اي الهبة والعارية وان النظر المذكور
لا يتجه اصلا على ما في رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظة الاطعام
فلا ينافي ان يكون الاطعام في آية الكفارة في اصل وضعه وهو الاباحة (بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض
حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك
والثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده) قوله بخلاف ما اذا قال اطعمتك
الى آخره اقول لقائل ان يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي ان لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته
ان لا يراد به تمليك العين مجازا كما اريد به ذلك اذا اضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مع ان حقيقة
الاطعام جعل الغير طاعما اي آكلا لا جعله مالكا كما صرحا به والجواب انه وان امكن ان يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك
العين مجازا لكن هذا التجويز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف ان يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال
كما في المتعارف فيما اذا اضيف الاطعام الى ما يطعم عينه ان يراد به تمليك العين وكلام العاقد انما يجب حمله على المتعارف لا
على كل ما احتمله اللفظ تدبر (وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قوله وكذا اذا قال جعلت هذه الخ قال
صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى اثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان
اقول الظاهر ان قول المصنف رح هذا اشارة الى قرينة وهو قوله فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل
الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكرها اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له واما الثاني
ولا يرى اثره فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتمال هذه الصورة على لفظة عمرى ودلالتها
فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة
مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته يقال لما روينا كما هو دابه عند قصده الاشارة الى السنة قلت
الشارحين المزبورين اعترا بذلك ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله
عليه السلام لا عن نفس الحديث وقد اشرنا اليه في تحرير مراده فتبصر (واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة

فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه) قوله واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة الى آخره يعني ان الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الاركاب وقد ذكر في العارية ان قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقة الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية نحو ذلك بعبارة اخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانها لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هناك ان قوله لانها لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى اقول يبقى اشكال وهو قد تقرر في كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند ابي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي اولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي اولى والعمل به واما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا فاذا عرفت ذلك ففيما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما هو جوابه فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم ان يكون العمل عند ابي حنيفة رح بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو مستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي ان يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على اصل ابي حنيفة رح وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على اصلهما مع ان وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير ان يذكر الخلاف في شيء منها فليتأمل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح احد معنييه او معانيه بالادلة او الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فاين هذا من ذلك (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم) قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية الى آخره يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة كذا في الشروح اقول ههنا كلام اما اولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة ان يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية ان قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تناف واما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم او هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظ المنحة اذا اضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا اضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه السلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (وكذا اذا قال عمري سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف



قوله هبة سكنى لانه تفسير له) قوله لان قوله تسكنها مشورة الى آخره اذ التفصيل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر مختار العامة اقول ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب السكنى المدلول عليه بلفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ المتكلم فعل المخاطب (قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رح تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب) قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا الى آخره قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم يجز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم كان ذلك صحيحا فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه اقول تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول انه جعل لفظ هذا في قول المص رح وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا ان يكون قول المصنف رح وهذا لان المشاع الى آخره دليلا على اصل مدعى الشافعي رح وهو قوله يجوز في الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه فكان ينبغي ان يقول المصنف رح ولان المشاع بدل قوله وهذا لان المشاع والثاني انه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا والباعث عليه جعل لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حمل قول المصنف رح وكونه تبرعا الى آخره على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع ثمة والحق عندي ان مقصود المصنف رح من قوله وهذا لان المشاع الى آخره اثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لاثبات اصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى ان مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى وهذا اي صحته في المشاع او كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية اما الاول منهما فظاهر جدا واما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو ان يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه ما لم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعني ان الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث ايضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر (ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة) قوله ولان في

تجويزه الزامه شيئاً اى آخره يعنى ان فى تجويز عقد الهبة فى المشاع الزام الواهب شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لانه الضرر فان قيل هذا ضرر مرضى لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا اجيب بان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا فى العناية اخذا من شرح تاج الشريعة وتبعها الشارح العينى اقول فى الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل اعنى قوله ولان فى تجويزه الزامه شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة لان الذى يستلزمه تجويز هبة الشئ انما هو الزام وهبة حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئاً يستلزمه حكمها واما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئاً من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة فى شئ فاذا لم يكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئاً يستلزمه حكمها فاين يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذى لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذى ذكر فى الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لا نسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا الا يرى ان هبة المشاع الذى لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضى منه ليس القسمة ولا يستلزمها لان من اقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضى منه بما يستلزم القسمة وهو الملك هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على ان له ان يرجع عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل انتهى اقول كل واحد من اصل بحثه وعلاوته ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان طلب شريكه اياه غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد انما يقتضى الرضى بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك واما الثانى فلان فى رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم ان يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه عن ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان فى تجويز هبة المشاع الزام الواهب احد الضررين وذلك لا يجوز وايضا لا يجوز للعاقل ان يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشئ على انتفاعه على انه ليس له الرجوع عن هبته فى كثير من المواد وهى التى تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سياتى فى الكتاب فيلزم المحذور فى مثل ذلك ثم اقول بقى شئ فى اصل هذا التعليل وهو ان واهب المشاع اما ان يرضى بالقسمة او يمتنع عنها فان رضى بها كان ملتزما اياها فلم يكن فى الزام مؤنة القسمة الزام مالم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند ابى حنيفة رح لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجئ فى كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع ولو وهب دقيقا فى حنطة او دهنا فى سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلمه لم يجز وكذا السمن فى اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان



المشاع محل للتمليك وهبة اللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والتمر فى النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع) قوله والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به الى آخره هذا جواب عن سوال مقدر تقريره انه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة وفى انها الزام مالم يلزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فاجاب بان المهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهاياة قسمة المنفعة والهبة التى هى عقد التبرع انما لاقت العين ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا فى عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما فى جملة الشروح والكافى ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل ان يقول الزام مالم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان فى عوده الى ذلك الزام زيادة عين هى اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس فى غيره ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها انتهى كلامه اقول لا برى فى الجواب الذى ذكره كثير طائل هنا فى دفع سوال سائل لان حاصله ان فى عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هى اجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك فى المهاياة فلقائل ان يقول ان لم يكن فى المهاياة الزامه اخراج عين فى ملكه ففيه الزامه ازالة نفع فى زمان معين عن تصرفه وكون الاول اكثر ضررا من الثانى مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها يكون اعز واشرف من مقدار عين تصير اجرة قسمة فيكون ازالتها عن الانتفاع بها اشق على الانسان واكثر ضررا له من اخراج مقدار عين يصير اجرة قسمة عن ملكه واما الزيادة على العين الموهوبة فمتحقق فى الصورتين معا غير ان الزائد عليها فى احديهما العين وفى الاخرى المنفعة والاظهر فى الجواب عندى ان يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور فى الزامه مالم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع ضد اللزوم فهما لا يجتمعان فى محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا يلزم المنافاة فان المهاياة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين مالم يصادف الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان بين مراد المصنف رح على النهج المزبور قال والجواب الصحيح ان يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزمه ههنا ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يودى ذلك الى الزام التهايؤ فنقول لا نسلم لان التهايؤ ليس بواجب لان فيه اعارة كل منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة انتهى كلامه اقول ليس هذا الجواب بصحيح لان التهايؤ يجب ويجرى فيه جبر القاضى اذا طلبه احد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه فى عامة الكتب وسياتى بيان ذلك فى فصل المهاياة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الى آخره وجه القياس وقد صرحوا بان القياس ياباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة فقولهم فى هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يودى ذلك الى الزام التهايؤ مما لا يقبل المنع اصلا (واذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيه قبضا لان العين فى قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان فى يده او فى يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره او فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له) قوله واذا كانت العين فى يد الموهوب له الى آخره والاصل فى ذلك ان يجانس القبضين يجوز

نيابة احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او بيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا فى العناية وغيرها اقول يرد على ظاهر قوله او بيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشترى عند اتصال القبض كما مر فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع واشار اليه المصنف رح فيما سياتى بعد اسطر بقوله او فى ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله او ببيع فاسد فالجواب انه قد مر ايضا فى باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه على القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فوهبه فى البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد فينتقل الملك الى البائع فيصح هبته اياه بل لا يبعد ان يجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد فتامل وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية او ببيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد ان المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما يجئ بعد اسطر فكيف يصح هبته انتهى اقول لا يخفى على ذى فطنة انه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل ان يكون مراده بالبائع فى قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز ان يبيع فضولى مال احد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشترى لانا نقول فاذا اذن له المالك فى ذلك يكون البيع باذن البائع اى المالك وان لم ياذن له فيه لا ينفذ البيع اصلا فيكون يد القابض يد الغصب او يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبى هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصى الاب او جده اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان فى حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية تحصيل النافع وكذا اذا كان فى حجر اجنبى يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبى آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا فى حقه وان قبض الصبى الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع فى حقه وهو من اهله) قوله وكذلك كل من يعوله اى آخره اى قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبى كذا فى الشروح قال صاحب النهاية ومن يجد وخذه بعد هذا البيان يطلق فى الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر فى الايضاح ومختصر الكرخى ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض او لم يكن وسواء ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا يرى انه يؤديه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وارى انه لم يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب فى اكثر الاحكام ووصيه كوصى الاب انتهى كلامه اقول ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر فى كتب



العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعى ولكنه السابق الى الفهم فى الخطابيات واما اذا كان موخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به اليضا اصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه موخر فلا يدل على تقييد المعطوف به فى شئ فيضمحل ما توهمه صاحب العناية (وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابى حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل احدهما صح) قوله ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام الخ قال صاحب النهاية قوله فى الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب اى ويملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة ابيها فى الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر فى الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال انما قلت هذا لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعول غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب وغيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال فى مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الاجنبى والام والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان فى عيالهم وان كان الاب حاضرا كما فى الزوج ومنهم من فرق فقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت فى عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفى الاجنبى يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير فى عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى ههنا كلامه فظهر منه ان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح ان يقع قوله فى الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وانا اتعجب من صاحب العناية انه بعد ان راى ما مر به فى مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشائخ فى هذه المسئلة مذكورا فى غاية البيان مع تفصيلات اخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية فى جعل قول المصنف رح فى الصحيح متعلقا بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى اما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه واما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف بقوله فى الصحيح هو الاحتراز عما ذكر فى الايضاح من ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا يقال ويملك مع حيوة الاب بدل قوله ويملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما يقابل الغيبة دون عدم الحيوة تامل تقف (ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل منهما كملا فلا شيوع لهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفى الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم فى الجامع وفى الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع فى الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور فى

الاصل الصدقة علے غنیین) قوله ولان الملک یثبت لکل واحد منهما الی آخره قال صاحب العنایة فی شرح هذا الدلیل ولان الملک ثبت لکل واحد منهما فی النصف وهو غیر ممتاز فکان الشیوع وهو یمنع القبض علی سبیل الکمال ولیس منع الشیوع بجواز الهبة الا لذلک واذا ثبت الملک مشاعا وهو حکم التملیک ثبت التملیک کذلک اذا الحکم یثبت بقدر دلیله وهذا استدلال من جانب الملک انتهی ورد علیه بعض الفضلاء حیث قال لو کان تقریر الدلیل ما حرره الشارح فی قول المصنف رح فیکون التملیک کذلک وقال والظاهر من مساق المصنف رح ان کلا الدلیلین استدلال من جانب التملیک انتهی اقول کانه فهم من قول صاحب العنایة وهذا استدلال من جانب الملک ان مراده ان هذا الاستدلال تیم بجانب الملک فقط فاورد علیه انه لغا حینئذ قول المصنف ره فیکون التملیک کذلک ولیس کذلک بل مراده ان هذا هو الاستدلال هو جانب الملک کما یفصح عنه من الابتدائیة من قوله من جانب الملک وهذا لا ینافی ان یتفرع علیه کون التملیک ایضا کذلک فیحصل من المجموع تمام الدلیل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف ره ان کلا الدلیلین استدلال من جانب التملیک ممنوع کما لا یخفی علی الناظر فی الکتاب (ولو وهب لرجلین دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم یجز عند ابی حنیفة رح وابی یوسف ره وقال محمد ره یجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابی یوسف ره فیه روایتان فابو حنیفة مر علی اصله وکذا محمد ره والفرق لابی یوسف ره ان بالتنصیص علی الابعاض یظهر ان قصده ثبوت الملک فی البعض فیتحقق الشیوع ولهذا لا یجوز اذا رهن من رجلین ونص علی الابعاض) قوله وهب لرجلین دارا لاحدهما الی آخره اعلم ان التفصیل فی الهبة اما ان یکون ابتداء من غیر سابقة الاجمال او یکون بعد الاجمال فان کان الاول لم یجز بلا خلاف سواء کان التفصیل بالتفضیل کالثلث والثلثین او بالتساوی کالتنصیف وان کان الثانی لم یجز عند ابی حنیفة رح مطلقا ای سواء کان متفاضلا او متساویا وجاز عند محمد رح مطلقا وفرق ابو یوسف ره بین المفاضلة والمساواة ففی المفاضلة لم یجز وفی المساواة جوز فی روایة وقد اشار الیه المصنف رح بقوله عن ابی یوسف ره فیه روایتان ثم ان صاحب النهایة جعل المصنف ره ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابی یوسف رح فیه روایتان تفصیلا ابتدائیا حیث قال ولو فصل ابتداء بالتنصیف من غیر سابقة الاجمال بان قال احدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم یجز بلا خلاف هکذا ذکر فی عامة النسخ من الذخیرة والایضاح وغیرهما وذکر فی الکتاب عن ابی یوسف رح فیه روایتان الی کلامه وقال صاحب العنایة بعد ذکر ما ذهب الیه صاحب النهایة ههنا ولیس هذا بظاهر لان المصنف رح عطف ذلک علی التفصیل بعد الاجمال فالظاهر انه لیس ابتدائیا انتهی اقول یرشد الی ما قال صاحب العنایة ان المصنف رح قال ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه ولم یقل ولو وهب لاحدهما نصفه وللآخر نصفه اذ لو کان مراده العطف علی اول المسئلة اوفی لکانت المسئلة الثانیة مسئلة مستقلة مبتداة فیجب ان یقول ولو وهب بدل ولو قال کما فی سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم ان مراده العطف علی ما فی آخر المسئلة الاولی من التفصیل الواقع الاجمال فیکون الفرق بین المسئلتین بوقوع التفصیل بعد الاجمال فی الاولی بطریق المفاضلة وفی الاخری بطریق المساواة

## باب ما یصح رجوعه وما لا یصح

لما کان حکم الهبة ثبوت الملک للموهوب له ملکا غیر لازم حتی یصح الرجوع احتاج الی بیان مواضع الرجوع وموانعه وهذا بابه (قال واذا وهب هبة لاجنبی فله الرجوع فیها وقال الشافعی ره لا رجوع فیها لقوله علیه السلام لا یرجع الواهب فی هبته الا الوالد فیما یهب لولده ولان الرجوع یضاد التملیک والعقد لا یقتضی ما یضاده بخلاف هبة الوالد لولده علی اصله لانه لم یتم التملیک لکونه جزء له) قوله واذا وهب هبة الی آخره قال صاحب النهایة هذا اللفظ یحتاج الی القیود ای اذا وهب



هبة لاجنبی اولذی رحم لیس بمحرم اولذی محرم لیس برحم وسلمها الیه ولم یقترن بها ما یمنع الرجوع من الزوجیة والعوض والزیادة وغیرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فیها اما بالقضاء او بالرضاء من غیر استحباب بل هو مکروه وبین وجه کون هذه القیود محتاجا الیها بما لا مزید علیه وقال صاحب العنایة والمراد بالاجنبی ههنا من لم یکن ذا رحم محرم منه فخرج منه من کان ذا رحم ولیس بمحرم کبنی الاعمام والاخوال ومن کان له محرما لیس بذی رحم کالاخ الرضاعی وخرج بالتذکیر فی قوله وهب واجنبی الزوجان ولا بد من قیدین آخرین احدهما وسلمها الیه والثانی لم یقترن من موانع الرجوع شئی حال عقد الهبة ولعله ترکهما اعتمادا علی انه یفهم ذلک فی اثناء کلامه انتهی اقول فی قوله وخرج بالتذکیر فی قوله وهب واجنبی الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذکیر فی قوله وهب واجنبی اخراج المؤنث یخرج من هذه المسئلة کل هبة کانت بین الامراتین وکل هبة کانت بین الرجل والمراة وانما یبقی فیها الهبة التی کانت بین الرجلین ولا یخفی فساد ذلک بل الصواب ان التذکیر الواقع فی هذه المسئلة لیس لاخراج المؤنث وانما هو للجری علی ما هو المتعارف فی امثالها من تغلیب الذکور علی الاناث کما فی خطابات الشرع علی ما تقرر فی علم الاصول وان الزوجین انما یخرجان من هذه المسئلة بثانی القیدین اللذین اعترف الشارح المزبور ایضا بانه لا بد منهما واعتذر عن ترکهما بما ذکره وذلک ان لم یقترن من موانع الرجوع شئی حال عقد الهبة اذ لا شک ان الزوجیة من جملة تلک الموانع ثم اقول لمانع ان یمنع انفهام القید الاول من ذینک القیدین فی اثناء کلام القدوری فی مختصره والعمدة فی هذه المسئلة کلام القدوری لانها من مسائل مختصره انتهی فتامل (ولنا قوله علیه السلام الواهب احق بهبته ما لم یثب منها ای لم یعوض) قوله ولنا قوله علیه السلام الی آخره لا یقال یجوز ان یکون المراد منه ما قبل التسلیم فلا یکون حجة لانا نقول لا یصح ذلک لانه اطلق اسم الهبة علی المال وذا لا یکون قبل القبض والتسلیم ولانه علیه السلام جعله احق بها وهذا یقتضی ان یکون لغیره فیها حق وذلک انما یکون بعد القبض ولانه لو کان کذلک لخلا قوله ما لم یثب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله کذا فی النهایة والکفایة وهکذا ذکر فی العنایة ایضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلثة المذکورة فی الجواب وقد اشار فی الکافی ایضا الی تلک الوجوه الثلثة حیث قال ولنا قوله علیه السلام الواهب احق بهبته ما لم یثب منها ای لم یعوض والمراد حق الرجوع بعد التسلیم لانها لا یکون هبة حقیقة قبل التسلیم واضافتها الی الواهب باعتبار انها کانت له کرجل یقول اکلنا خبز فلان والخباز وان کان اشتراه منه ولانه اثبت الواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولا یجتمع الحقان وحق الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه ههنا الحق الی وصول العوض الیه وذا فی حق الرجوع بعد التسلیم انتهی اقول فی الوجه الاول والثانی من تلک الوجوه بحث اما فی الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة علی المال حقیقة قبل القبض والتسلیم ممنوع فان القبض لیس من ارکان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حکمه کما تقرر فیما مر فکان خارجا عن حقیقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة علی المال حقیقة قبل القبض فلم لا یجوز اطلاق ذلک علیه مجازا باعتبار ما یؤول الیه کما فی قوله انی اعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الی الواهب باعتبار انها کانت له وهذا لیس بابعد من ذاک واما فی الثانی فلانه قد تقرر فی علم العربیة انه یجوز استعمال افعل مجردا عن معنی التفضیل مؤولا باسم الفاعل او الصفة المشبهة حال کونه عاریا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالی وهو اهون علیه اذ لیس شئی اهون علی الله تعالی من شئی فلفظ احق فی الحدیث المذکور عار عن الامور الثلثة المذکورة فلم لا یجوز ان یعبر مجردا عن معنی التفضیل فیصیر المعنی الواهب حقیق بهبته ما لم یثب منها فلا یقتضی ان یکون لغیره فیها حق نعم الظاهر الشائع ان یکون صیغة افعل مستعملة فی معنی التفضیل لکن المعترض مانع مستند باحتمال ان لا یکون معنی التفضیل مقصودا فی الحدیث المذکور الذی استدلوا به علی جواز الرجوع فی الهبة بعد القبض ولا یخفی ان الاحتمال کاف فی مقام المنع قادح فی مقام الاستدلال علی ان لقائل ان یقول لو کان معنی التفضیل مقصودا بالحدیث المذکور فصار المراد ان یثبت للواهب فی هبته حقا اغلب من حق الموهوب له فیها لما کان الرجوع عنها مکروها ولما قال النبی علیه السلام

العائد في هبته كالعائد في قيئه لان الرجوع ح يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تحرير اللاحق في الحديث المذكور عن
معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث ايضا من تلك الوجوه حيث قال
هذا بجراء القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية اقول صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بان
مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته
اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد للرجوع واثباته للوالد) قوله ولان المقصود بالعقد هو التعويض الخ قال صاحب العناية
في تعليل قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه
والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان
اعم انتهى وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا في الثالث
ومع هذا له الرجوع في الكل مالم يعوض انتهى اقول يمكن توجيه ما ذكر في العناية بان المراد بالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض
ما يعم التعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هذا التعويض المالي وبالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض
بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين وهو التعويض المالي واما التعويض المطلق فيوجد في الاعلى والادنى والمساوي
والتعليل المذكور يشمل الصور الثلث فلا يضر كون المدعى اعم فانه يدل على جواز الرجوع في الكل مالم يعوض تامل تفهم واعلم ان صاحب
العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه ان المقصود من الهبة للاجانب
العوض والمكافاة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادي قروض
انتهى ثم ان صاحب التسهيل اعترض على اصل هذا الدليل حيث قال اقول على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي ان يمتنع الرجوع لانه ظهر ان
العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه السلام مالم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفي العوض انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بانا لا نسلم
ظهور ان العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه والقائه بل بحسب
مروة الموهوب له وجرى العادة على التعويض وبنفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لهيجان مروة الموهوب له
فيجوز ان تقصد الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد
في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا)
قوله فانه يتملكه للحاجة الى آخره اي باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء ضرابا
من قولهم وان لم يكن رجوعا في الحكم اقول ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الوالد ههنا تملكه بطريق الانفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء
مالا مساس له بالهبة فلا يناسب تاويل الحديث المزبور قطعا ولان قولهم للحاجة تعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة في تملكه بالشراء على
انهم صرحوا بالاول حيث قال في البدائع فانه يحل له اخذه من غير رضى الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال
في الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه ينتقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من
المعتبرات (وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه
وهذا الاستقباح ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود) قوله في الكتاب فله ان يرجع لبيان الحكم الى
آخره قال الشارح العيني قيل قد استدل المصنف رح على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا والقضاء
فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال واما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي اعانة على مثل هذه المعصية وكيف يكون اعانة





على المعصية التي هي معصية اخرى نتيجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم
الحلال وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف
بعد ذلك بان في اصل الرجوع في الهبة وهنا فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر مكروه انتهى كلامه اقول هذا الاشكال انما نشأ من
عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان الذي كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذي يكون
محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك
بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا اعانة على امر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على اصل ائمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة
مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها
اليه يلزمه للقاضي دفعها اليه وليس فيه ايضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب له بعد ان رجع
الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف
فيه متفقا عليه يتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشيا من اختلاف العلماء في مسئلة لا يمنع القاضي عن الاقدام
على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام (او يزيد زيادة
متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد او يموت
احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب
فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد
الملك بتجدد سببه) قوله او يزيد زيادة متصلة الى آخره قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب
انتهى اقول بل من ذلك القيد الآخر بقوله او تزيد زيادة متصلة لان مالا يورث ذلك زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان
في صورة الزيادة كما صرح به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد واما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم يكن كذلك
كانت نقصانا اقرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا انتهى فالظاهر ان الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج
الى قيد زائد ولقد احسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم ان المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب
بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال او لو الموهوب في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس
بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما اشبه ذلك وقال هذا كله في الذخيرة
ثم اقول بقي ههنا شيء وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالاصبع
الزائدة لا تمنع الرجوع مع ان الدليل الذي ذكروا المنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع
الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة ايضا فليتامل في التوجيه (قال وان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت
في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة
متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها اشارة الى ان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض
عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها) قوله فان وهب لآخر ارضا بيضاء الى آخره قال صاحب
العناية هذه نوع من الزيادة المتصلة وكان حقها التقديم انتهى اقول وجه التاخير ان المصنف رح كره ان يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق
الاستثناء في مسئلة مختصر القدوري بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه كلام

واحد فلا ينبغى ان يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء فى الاعتذار عنه الا ان المصنف رح قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع
على الترتيب وتاخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل انتهى اقول ليس بهذا بشئ لان المصنف رح لو قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على
الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من اصول الموانع بين التعريفات لقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها ولقوله
وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر فتبصر تقف (قال فان باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى لان الامتناع بقدر المانع
وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع فى نصفها لان له ان يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بالطريق الاولى وان وهب
هبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم
وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود
وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها ولو ابانها بعد ما وهب فلا رجوع واذا قال الموهوب له للواهب
خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او فى مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه
العبارات تؤدى معنى واحدا وان عوضه اجنبى عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض
لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل
نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع فى الهبة الا ان يرد ما بقى ثم يرجع) قوله فان باع نصفها غير مقسوم الى آخره اقول قيد
النصف فى الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع فى عامة المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك
وتخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد فى الكتاب ارادة اثبات الحكم فى المقسوم
بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع فى الباقى فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع فى الباقى فيما اذا باع نصفها مقسوما اولى
كما لا يخفى وسياق الغرض من الشرح لنظيره هذا فى قوله وان عوضه اجنبى عن الموهوب متبرعا فتبصر (وقال زفر رح يرجع بالنصف
اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل فى الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط
حقه فى الرجوع الا ليسلم له كل العوض فلم يسلم له فله ان يرده وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب فى
النصف الذى لم يعوض لان المانع خص النصف) قوله وقال زفر رحمه الله الى آخره قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام
وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض اقول هذا سهو فان المراد بالنصف فى قول المصنف رح وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف
الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف رح منصوص عليه فى الكافى والكفاية وغاية البيان وغيرها (قال
ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفى اصله وهاء وفى حصول المقصود وعدمه
خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام
ملكه فيه وكذا اذا هلك فى يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه
تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضى يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح فى الشائع لان العقد
وقع جائزا موجبا حق الفسخ من الاصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق) قوله وفى اصله وهاء الخ
اى فى اصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافى فى تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه وقال
تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا فى ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى اثره صاحب
العناية والشارح العينى اقول فى قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس



فى جميع الصور اى فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا فى ملك الغير فى الجميع فلا يصح تفريع بطلانه فى صور تحقق المانع
عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم ان يبطل فى جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة فى صورة
فالصواب ان بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة فى مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض
بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس اقول
هذا ساقط لانه ان اراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس انه يقتضى ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس
ضعيفا فما المحذور فى ذلك اذ الظاهر ان كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس الا يرى
انهم قالوا كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان اراد بذلك انه يقتضى
ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على التراضى او القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفى اصله وهاء علة
تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضاء او القضاء وليس كذلك اذ العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفى اصله وهاء وفى حصول
المقصود وعدمه خفاء ولا يجرى هذه العلة بتمامها فى كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزى رح قال فى
المغرب الوهاء بالمد خطاء وانما هو الوهى مصدر وهى الحبل يهى اذا ضعف انتهى وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا لشئ ونقله
صاحب العناية ايضا وقال وهو خطاء لان هذا المقصور السماعى ليس بخطاء وتخطئة ما ليس بخطاء خطاء انتهى ولا يذهب على ذى فطانة
ان الخطاء ههنا انما هو فى كلام صاحب العناية فانه زعم ان الوهى فى قول صاحب المغرب وانما هو الوهى مقصور الوهاء وليس كذلك
قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمى ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهى الحبل يهى وهيا حيث
قال وهيا ولو كان مقصور القال وها كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العينى لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان هذا المقصور السماعى
ليس بخطاء خطاء لان جواز مد المقصور السماعى مبنى على وجود المقصود حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن اين
ياتى المد انتهى ولكن خطاء صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه فى قوله وانما هو الوهى يعنى بتسكين
العين ومخطئ من وجه فى قوله الوهاء بالمد خطاء لان هذا ايضا مصدر على وزن فعال كما يقال فى قلى يقلى قليا وقلاء على وزن فعال وهكذا
وقد قال الجوهرى القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلى وقلاء انتهى كلامه اقول اخطاء هذا الشارح ايضا فى تخطئة
صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضى ان يكون نفسه ايضا مصدرا اذ قد تقرر فى علم الادب ان مصدر
الثلاثى سماعى لا يثبت بالقياس ومجئ القلاء مصدرا من قلى يقلى كما ذكره الجوهرى لا يقتضى ان يكون الوهاء ايضا مصدرا من وهى فان
الاول مسموع دون الثانى وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطاء بناء على انه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه فى قوله الوهاء بالمد
خطاء بناء فى تصويبه اياه فى قوله وانما هو الوهى لان فى قوله هذا قصر مصدر وهى على الوهى بتسكين الهاء فكون الوهاء ايضا مصدرا
منه ينافى ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافى ومن اخذ اخذه من الشراح كصاحبى الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل
آخر غير مذكور فى الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضى او منهما لولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب
بعد القبض انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه منقوض بفسخ العقد فى البيع الفاسد اذ قد مر فى فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع
ان المشترى اذا قبض المبيع فى البيع الفاسد بامر البائع وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد
من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد فى صلب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد
هناك من احدهما بدون رضى الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض ايضا بسائر العقود الغير اللازمة لان

كل واحد من المتعاقدين تمكن من فسخها باسرها كما صرحوا به في مواضعها واما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا للواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سياتي وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في ضمن غيره واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا) قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقبل الفسخ انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقبل ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقبل ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع الا يرى ان عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ بموجب قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما سلف فلم لا يجوز ان يثبت للمشتري ايضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالاظهر في تعليل ذلك ان يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع ان يقتضي ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه) قوله ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما الى آخره قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجهين اولى من اعمال احدهما انتهى اقول فيه مناقشة وهي ان قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اعمال احدهما يفيد اولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقريب ويمكن دفعها بعناية فتامل

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء) قوله ومن وهب جارية الا حملها الى آخره توضيح هذا الدليل ان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح فكذا



اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما يؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد ان ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يدل على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ انتهى اقول فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية ايضا بجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة وسياتي في وصايا هذا الكتاب ان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه انتهى وقال في الكافي هناك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في اللفظ قلنا كفى لصحته [illegible] كما في استثناء [illegible] على ان صحته لا يفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم انتهى فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فاذا وهب لرجل ما على ظهر الغنم من الصوف او ما في الضرع من اللبن وامره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز له استحسانا وفي الحمل لا يجوز واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية الى المبسوط اقول في كل من وجهي الجواب المذكور نظر اما في وجهه الاول فلان ما في البطن لو لم يكن مالا اصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره والايصاء به وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه ويدل على صحة الاولين المسئلتان الآتيتان ههنا وهما قوله ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز واما في وجهه الثاني فلان كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا امره الواهب بقبض الحمل في الحال واما فيما اذا امره بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ ان يقبضه بعد الولادة اصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السر في ان قال بعض اصحابنا ان امره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في اول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح انه لا يجوز في الحمل اصلا لان ما في البطن ليس بمال الى آخره ثم اقول على فرض ان يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله ان الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع ايضا من اوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى يصح الهبة فيهما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية اخرى وهذا لا يجدي شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب (ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد) قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه الى آخره فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج من ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية اخذا من النهاية اقول ليس الجواب بسديد اما اولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المفرز المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان ادى

بجواز هبته فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك ان احتمال
القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم انضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان
في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق
الذي فيه طعام الواهب ولكنه امر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة
بملك الواهب لا انه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة و
يرشد اليه ان صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم يصح الهبة لان هبة
ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعا انتهى قلت سوق واصل السؤال قول
المصنف فيفسد هبة المشاع لا قوله او هبة شئ هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تأمل
تقف ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله
او هبة شئ مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى اقول فيه ركاكة ظاهرة
لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المذكور لا يقتضي ارداف الوجه الاول بشئ آخر لكون ذلك السؤال مندفعا
عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم ينبه قط (او وهب له دارا او تصدق عليه بدار
على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد
فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام
نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات ومن كان له
على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت برئ منها او قال اذا اديت الى النصف فلك النصف او
انت برئ من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا
لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد
ولا يتوقف على القبول) قوله او وهب له دارا او تصدق عليه بدار الى آخره قال صاحب النهاية هذا على طريق اللف والنشر والايضاح
اعني ان قوله على ان يرد عليه شيئا متصل بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله او تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه
لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح لما مر وانما يصح اشتراط العوض في الصدقة
لا في الهبة وذلك انما يكون ان لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله او تصدق عليه بدار اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها
او يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا
الا انه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشئ بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو
دأبه في اكثر المواضع اقول في تحريرها قصور اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان معنى قوله او يعوضه شيئا منها سيما بعد قوله على
ان يرد عليه شيئا منها انما هو ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ
الا بتعسف بعيد وهو ان يرجع ضمير منها في قوله او يعوضه شيئا منها الى ما هو غير مذكور ههنا اصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى او يعوضه
شيئا من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظ اللهم في قولها اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها
ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من



مسائل الجامع الصغير ولفظ جامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في
الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها او بعضها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه
ولا يعوضه شيئا منها الى ههنا لفظه ولا شك ان ثلث الدار وربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر
الى لفظ جامع الصغير الذي هو ماخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن يبقى في لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكان الامام الزيلعي تنبه لسماجة
الاستبعاد الذي لم يشعر به لفظ اللهم الواقع في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز اسلوب تحريرهما فقال وقوله او يعوضه
شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا
من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه اقول ولو اطلع على اصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في
الجامع الصغير لترك الترديد ايضا بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كانه
قد اطلع على اصل المسئلة ايضا حيث لم يتعرض الشق الاول اصلا بل ساق كلامه على ان يقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال
ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى
اقول فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا انه يشمل ذلك ويعمه اذ الصدق على كل شئ من الدار الموهوبة
اعطاه الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار انه مردود على الواهب فكان قوله على ان يرد عليه شيئا منها مغنيا عن قوله او يعوضه
شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله او يعوضه شيئا منها مصروفا ايضا الى الهبة
دون التصدق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم او في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب
العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي ان قوله او يعوضه شيئا منها يرجع الى التصدق فانه اذا
تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح اقول اذا وهب بشرط ان يعوض شيئا فالشرط باطل وشرط
العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم ان قوله او يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى ههنا كلامه واقول التوجيه الذي ذهب اليه
صدر الشريعة خلاف ما اراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله تعالى وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه او يعوضه
ثلثها او ربعها ولا يخفى ان ثلث الجارية وربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا ان مشائخنا المصنفين لما قصدوا
الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا او يعوضه شيئا منها فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم شرط
العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو ان المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط
ان يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع انه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا
او خمسة دراهم بشرط ان يعوض بيتا معينا منها او درهما واحدا من تلك الدراهم يصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون
عوضا والمواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا ظهر فساد ما في بعض الحواشي ايضا كما لا يخفى انتهى
اقول كلامه ناش من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما اراده صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك على
ان يكون المراد بالتعويض في قوله او يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة
ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض العين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب وما صرح به
في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو انه اذا شرط الواهب ان يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا
ايضا امر مقرر الا عند زفر رح ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي

فلا يرد على شيء منها ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدار بحثه انه مما لا يساعده اللفظ اصلا في اصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتامل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما لم يسبق اليه فاشكر الله تعالى واتوكل عليه

(والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها والعمرى جائزة للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) قوله والتعليق بالشروط يختص الى آخره قال صاحب العناية هذا اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على الماذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها انتهى اقول في قوله والابراء عن الدين فيها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا ان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة وكانه غفل عن قيد المحضة وهذا اعجب منه (والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى) قوله وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله الى آخره قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند ابي يوسف رح جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى ماخوذا من المراقبة وان كان ماخوذا من الارقاب وكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى اقول في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير ان يكون معنى قوله داري لك رقبى عند كون الرقبى ماخوذا من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبة داري لك في شيء كما ترى ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى (ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به)

قوله ولان معنى الرقبى عندهما الخ قال صاحب العناية يشير الى ان ابا يوسف رح قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان يجعلها من الرقبة كما ذكرنا قيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن الى هنا كلامه اقول لا شك ان المص يشير بقوله المذكور الى ان ابا يوسف رح قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو ان يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رح هذا اللفظ على انه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي وان مت قبلك فهي لك فان مت قبلي وهي لي فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه اصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد الى آخره كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندي قول ابي يوسف رح اصح اذ غاية ما في الباب ان يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى اقول فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء واما اذا منع ذلك فلا مجال لان لا تبطل الهبة بالضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما اياها كما حققناه آنفا ويؤيده هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى او حبيس فهو باطل عند ابي حنيفة رح ومحمد خلافا لابي يوسف والاصل ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط ثم تفسير



العمرى ان يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهي رد على فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل التمليك وتفسير الحبيس ان يقول هي حبيس عندي فان مت فهي لك وتفسير الرقبى ان يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

## فصل في الصدقة

(والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل وكذلك اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل)

# كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام التمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهي الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارات مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك اورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة وغيرها انتهى اقول فيه اختلال لانه ان اراد بالافراد في قوله ذات افراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم يحصل فائدة في جمعها اذ لا يحتمل عند احد ان يكون بحقيقتها فرد واحد شخصي فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للاشارة الى انها ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان اراد بالافراد في قوله المذكور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون اقل الجمع ثلاثة واما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون اقل الجمع اثنين فمما لا ينبغي ان يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي ان يقال جمعها اشارة الى ان لها انواعا مختلفة نوع يصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستيجار الدور والسكنى ونوع يصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على الصبغ ثوب او خياطته ونوع يصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلثة هي التي اشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سياتي تفصيلها عن قريب (الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض) قوله الاجارة عقد الى آخره قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع ونحوه لكان اولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا ان يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح ايضا تمليك قطعا لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض منه بل لما جاز وقد افصحوا عن هذا في اول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بانه عقد موضوع لملك المتعة وقال المستوفي بالنكاح مملوك

للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب لملك المتعة وماذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكنز من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة للمنافع بعوض مناقض لما جمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفسه صرح في اول النكاح بانه عقد يرد على تمليك المنفعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من اباح شيئا فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه العجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ماذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق في اوائل كتاب النكاح من انه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة انتهى ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ماذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق ثم اقول يمكن ان يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في اوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة وقال صاحب الكافي والشراح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله تعالى فآتوهن اجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا موقتة فبينهما منافاة فلا يصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض او بانها تمليك المنافع بعوض او نحو ذلك للنكاح تامل تقف وقال في غاية البيان وينبغي ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله انتهى اقول وهذا ايضا ليس بسديد اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من كتاب الاقسام الثلثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيختل قطعا (لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح) قوله لان الاجارة في اللغة الى آخره قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب الاجارة يجوز ان يكون مصدرا فيستقيم الكلام انتهى اقول النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالي حتى كتبته في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل ان ارى ما كتبه غيري واما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الى آخره فليس بشيء لان مراده بقوله قد بينت لك عن قريب ان الاجارة تجوز ان تكون مصدرا ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع ان يكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع الاجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من اجره اذا اعطاه اجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الاجارة ايضا مصدرا من اجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب واما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من اهل اللغة لا في الاحتمال العقلي على انه لو سلم مجيء الاجارة في اللغة مصدرا من اجره اذا اعطاه اجره بمعنى الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام ايضا اذ لا يكون الاجارة حينئذ ايضا في اللغة بيع المنافع بل يكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف



ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم انتهى اقول فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي اولى بالتقديم بناء على انه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي او مخالفا له مع ان داب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن ليطوي الصغرى فكانه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن (الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار) قوله الا انا جوزناه لحاجة الناس الى آخره قال صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر انتهى اقول في تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر ان ينحصر دليل شرعيتها في الاثر والا لم يكن فائدة في ذكر قيد الاثر في الموضعين وليس ذلك بمنحصر في الاثر بل الكتاب ايضا دليل عليها كقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج وكذا اجماع الامة ايضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتامل (وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره) قوله وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير الى آخره قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة اقول لقائل ان يقول سياتي في باب الاجارة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي مامور باعطائه من قبيل الشرع فلم يكن الامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد اللهم الا ان يقال وقع الامر في الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قيل اعطوا الاجير اجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المامور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون اجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع) قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة الى آخره قال بعض الفضلاء لابد ان يتامل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط فاقامة الدار مقام المنفعة تحقق الانعقاد فاي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك انتهى كلامه اقول جواب هذا الاستشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام مشايخنا يوهم ذلك ثم قال وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين الى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا للكلامين شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانها يجوز ان ينفك عن معلولاتها فجاز ان يقال انعقد وجدانه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى ههنا كلام صاحب النهاية فكان ذلك

مستشكل لم يره هذا الكلام ولم يقع به وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن سوال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع اذ يلزم حينئذ ان تنعقد في الساعة الاولى وهي ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط احدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السوال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن ذلك السوال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالاظهر ان ليس مراد المصنف بقوله المذكور الجواب عن السوال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على اصل ائمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو ان العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد ههنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول احدهما بالآخر على وجه يكونان علة معا في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر (وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره) قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح الى آخره اي كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة يصلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر في البيوع ان الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع ليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان تمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا الى هنا كلامه اقول لا النظر شيء ولا الجواب اما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال واما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة ولقد افصح عنه صاحب العناية نفسه ايضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لان يكون ثمنا بهذا المعنى ولا في عدم احتمالين ليكون المقايضة بيعا بلا ثمن لهذا المعنى الا يرى ان الشارح المذكور نفسه قال في اول كتاب البيوع وانواع البيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل احد انواع البيع وهو المسمى بالمقايضة ما لا ثمن فيه اصلا نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فلا يرد النظر المزبور عليه جدا واما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشاه ثم اقول



بقي ههنا شيء وهو ان لقائل ان يقول لا شك ان مراد المص بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا هو ما يجب في الذمة وان تمثيله ما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا انه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري وهو قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح اجرة على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع يحتمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى ويمكن ان يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موف حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين ايضا فان ما لا يجوز ان يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز ان يكون اجرة ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في البيع اصلا وتصلح اجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لهاتيك المسئلة وما لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان كما قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره تبيين ذلك ان الاعيان لا يكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب على هذا اللفظ ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان يذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمنا ويصلح اجرة فان كون المنفعة مما تصلح اجرة اخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن ان يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن ان يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين ايضا كما عرفت آنفا (لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين وهو المختار) قوله لانه عوض مالي الى آخره اي لان الاجرة على تاويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فيصح ان يكون اجرة كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه اقول ولقائل ان يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه ما يجب في الذمة كان الاجرة ايضا مشروطا به لكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف رح في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان اشتراط بذلك ثمن البيع لا ثمن المنفعة قلنا فلقائل ان يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في ان يكون احدهما مشروطا بشيء دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع فليتامل وآورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى انتهى اقول ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ما قاله في نظيره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل (قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوب او خياطة او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد) قوله وتارة تصير الى آخره اي بنفسه

عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة اخرى واما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية اقول لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية امور كبيان الثوب والوان الصبغ وقدره وفي استيجار رجل على صبغ ثوبه وبيان الثوب وجنس الخياطة في استيجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استيجار دابة للحمل او الركوب على ما اشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب والوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وكما ان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه في الامور اللازمة البيان كما اشير الى بعضها في الاشلة المذكورة فلم يكن للنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا الاثر عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار وتذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون (وربما يقال الاجارة قد يكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الوحد ولا بد من بيان الوقت وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد) قوله وربما يقال الاجارة الى آخره الى قوله ولا بد من بيان الوقت اقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قدم في صدر الكتاب ان الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا ان يحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل او قد تكون عقدا على المنفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم اقول كان حقا على المصنف ان يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض الشراح كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب فقد وسطه في البين كما ترى وكان صاحب الكافي تنبه لسماجة هذا التحرير حيث آخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم الثلث واعترض صاحب العناية على قول المصنف كما في اجير الواحد حيث قال وفيه نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان اجارة اجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة وسياتي في ذلك ولو كانت عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هي عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرعي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك احد نوعي الاستيجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولو سلم المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستيجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لذات التنبيه على ان اجارة اجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه

## باب الاجر متى يستحق

قال صاحب النهاية لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة على ان تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب انتهى كلامه واقتفى اثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستدعي ذكره مجردان صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وقت وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة الا يرى ان معلومية



البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخالف الملك من العقد بلا خيار شرط وتجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل انتهى كلامه اقول وفيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها ايضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك ايضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض والا كالوصية فان الملك هناك ايضا يتاخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط ثم اقول الاظهر ان يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة فيما وقع فيه الاختلاف بين ائمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان وقت استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه) قوله الاجرة لا تجب بالعقد الخ قال تاج الشريعة اراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد قال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه المؤجر قبل وجود احد معان ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد اي لا تجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشائخ على ان الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد اولا وما ذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية اقول تاييده ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل ان قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس العقد فثم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يدل على شيء قبل ان قال الاجرة لا يجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه ان الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده الا ترى ان الثمن مما يملك البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه واداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتاخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم ان لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن فالصواب ان يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤها قال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة وفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذا لم تتحقق قرينة مخصصة واما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا التاويل قوله وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واما الثاني فلانه ان اراد به ان نفي الوجوب فيها انه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون ان يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب ان يقال معناه لا يملك وانما مورد السوال ذلك وان اراد انه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج الى قوله اخرج الكلام مخرج الغالب

وهو ان يكون الاجرة مما يثبت فى الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت دينا او عينا مما يملك وان كان مما يثبت فى الذمة منها هو الدين دون العين فنفى التملك بالعقد ينتظم فى جميع انواع الاجرة ولا يختص بما هو غالب منها وهو الدين الثابت فى الذمة حتى يحتاج الى ان يقال خرج الكلام مخرج الغالب على ان قوله وهو يستلزم نفى التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب فى الذمة مع انه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان فى صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتامل (وقال الشافعى رح تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك فى الاجر لتحقق التسوية) قوله وقال الشافعى رح تملك بنفس العقد الى آخره قال صاحب العناية فى حل هذا المحل واستدل الشافعى بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى اقول هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة فى حكم الشرع يجب ان يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل ان يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم ان يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودة كما جعل النطفة فى الرحم ولا حيوة فيها كالحى حكما فى حق الارث والعتق والوصية على ما ذكر فى الكافى وعامة الشروح نعم يرد على استدلال الشافعى كلام آخر من قبل ائمتنا كما اشير اليه فى عامة المعتبرات وهو ان جعل المعدوم موجودا فى الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر اوضح واوسع منه وهو اقامة العين التى هى سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة فى حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد فى حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام المسبب اصل شائع فى الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورى اذا ثبت استتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى اقول فى الجواب بحث لانه ان اراد ان افادة الملك فى الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان حكم العقد يجوز ان ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان اراد افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعى فان مدعاه ان الاجرة تملك فى الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث قال ان اراد ان افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيد وان اراد انها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى اقول ما ذكره فى كل من شقى ترديده ليس بسديد اما الاول فلانه مسلم كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع ان افادة الملك فى الحال كما هو مدعى الشافعى ليس من لوازم الوجود حقيقة الا يرى ان المبيع يجب ان يكون موجودا حقيقة عند العقد مع ان البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك فى الحال كما مر واما الثانى فلان الوجود الحكمى لا يكاد يخالف الوجود الحقيقى فى اللوازم الشرعية والا لم يحصل فائدة فى جعل الشرع الوجود الاعتبارى فى حكم الوجود الحقيقى فلما سلم اولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزم تسليم كونها من لوازم الوجود حكما ايضا فالوجه الوجيه فى الترديد وفى المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله) قوله وكذا اذا شرط التعجيل او عجل الى آخره قال فى العناية



واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس اشتراط التعجيل باعتباره والثانى ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى اقول فى الجواب نظر اما اولا فلان حيثية كونه اجارة هى حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثانى ممنوع وهل لا يستلزم الاول تسليم الثانى ومنع الثانى منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا يلزم ان يكون صحة اشتراط التعجيل فى عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى ان ذهاب الاعتبار لا يخطر ببال احد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على انهما لو صرحا بانهما شرطا التعجيل فى عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم تفسد العقد قطعا واما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة بشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك فى المعقود عليه يفوت المساواة كما لا يخفى والاولى فى الجواب ما ذكر فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو ان شرط التعجيل فى الاجارة لا يخالف مقتضى العقد فان عقد الاجارة لا يقتضى التعجيل كالبيع الا انه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعوض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابى حنيفة وابى يوسف رح ممنوعة وتجوزه محمد لان العقد سبب فى جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد فى جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة فى الاجرة فظهر الانعقاد فى حقه وصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الآخر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل واشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه اقول هذا كله ماخوذ من النهاية الا ان التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة فى عدم الانعقاد فى جانب المنفعة هى كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة فى عدم الانعقاد فى جانب الاجرة ايضا وهى اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة فى الاجرة فظهر الانعقاد فى حقه على ان ذلك التعليل لا يتمشى اصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة ايضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به فى عامة المعتبرات مع ان كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق فى الجانبين اصلا كما لا يخفى واورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان اراد الانعقاد فى حق الحكم فليس بمنعقد فى حق الحكم باجماع علمائنا وان اراد غيره فليبين على انه مخالف لما سبق فى كتاب الاقرار من ان قوله ابرأتنى اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه اقول قد اخذ اصل ايراده من البدائع وانه ساقط اما بيان اخذه من البدائع فلان صاحب البدائع ذكر لقول محمد رحمه الله فى جواز الابراء عن الاجرة وجهين واجاب عن الثانى بما ذكره ذلك القائل هنا حيث قال وجه قول محمد رح ان الابراء لا يصلح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره اعتق عبدك عنى على الف درهم فقال اعتقت ولان الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب هنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان يعنى بالانعقاد الانعقاد فى حق الحكم فهو غير منعقد فى حق الحكم بلا خلاف بين اصحابنا وان كان يعنى به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع واما بيان انه ساقط فلانه يجوز ان يراد بالانعقاد الانعقاد فى حق المتعاقدين لا فى حق الحكم كما افصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده فى حق الحكم هى الدرجة الثانية وقال الاترى ان البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم فى الحال ثم فسر انعقاد العقد فى حق المتعاقدين

والانعقاد في حق الحكم بالا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو اواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني واما ما ذكره ذلك المولى في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس بتام ايضا ولا مخالفة بين المقامين اصلا كما يظهر بالتامل الصادق ثم اقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بل اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره تبرديد المراد بالانعقاد اصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يعرض صاحبا النهاية والعناية لحديث الانعقاد في حديث الاجرة دون المنفعة بل اكتفيا بان يقال ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة ايضا ولكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا احدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان انعقاده حكم الشرع يثبت وصفا له شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها في معلولاتها فجاز ان يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو راي بعض مشائخنا في تفسير قول ائمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك نعم يجوز ان يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في معنى الانعقاد وفي حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الاسلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تامل ترشد (واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمواجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله) قوله (واذا قبض المستاجر الدار الى آخره) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود احدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك او الاجنبي او سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني ان يكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث ان التمكن من المستاجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها المواجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع ان يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد لانه انما تمكن بعد مضي المدة انتهى وقال صاحب العناية بعد ان تبين اعتبار القيود المذكورة بنحو آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجه الاقتصار الاقتصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام من الانتفاع به وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة على ان الاكراه والغصب لا يمنعان عن الانتفاع فاقتصر على ذكر ذلك اعتمادا عليهما انتهى كلامه اقول



في آخر جوابه تمحل [illegible] لان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على ان يباشر العقد الصحيح او على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة ايضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فمع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاش الى آخره وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم ان لا يتم قوله فاقتصر من ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر ان ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاقتصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل يصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع واما ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب ايضا من القيود والمقتصر عن ذكرها مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا) قوله (لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة الى آخره) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا يكون سلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سياتي انتهى اقول في قوله كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن بسهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بسلعة او ثمن بثمن قيل لهما سلما معا ففي الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا فاين لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فما لم يقل به احد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى (قال وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في بعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم) قوله (وكذا اذا عمل في بيت المستاجر الى آخره) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته وقال لو استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قميصا او خاطه بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاطه فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل [illegible] عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا ان يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه [illegible] على قوله الاجر يجب على المواجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في [illegible] لو استاجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا ايضا في غيرها ولكن نقل من التجريد ان الحكم [illegible] فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد بالفضل الكرماني في هذا الحكم [illegible] وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة واري ان ذلك انما يكون اذا اعينا لكل جزء حصة معلومة [illegible] او اليل حصة معلومة من كل

الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجره كما في
كل الثوب ولعل هذا اعتمد المصنف انتهى كلامه اقول ليس ما قاله بشئ اما اولا فلانا لا نسلم ان مايدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان
استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون ايضا اذا كان له حصة معلومة عند
اهل الخبرة بتوزيع اجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما ستفصح بما
سنذكره وقوله اذ ليس للكم والبدن والدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع ايضا نعم ليس بشئ من ذلك حصة معينة في العقد
عادة وهذا لا ينافي ان يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع اجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما
اذا كان له حصة معلومة ما اذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب اجره
كما في كل الثوب لزم ان لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط او الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال
في وجوب ايفاء الاجرة اذ لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الاجارات التي تنعقد
على العمل ويبقى له اثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى الا ان يكون العمل للخياط
والصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستاجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما
في الحمال انتهى واما ثالثا فلانه لا معنى لقوله ولعل هذا اعتمد المصنف لان ما ذكره المصنف يخالف قطعا المنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب
ايفاء الاجر على المستاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس بمطابق ايضا المفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من
الاجر وهو ان لا يجب عليه اجر اصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان مدلول كلام المصنف ان لا يجب
عليه الاجر مطلقا اي سواء كانت له حصة معلومة من الاجر او لا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ
وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستاجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف تقول قوله وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ بلا خلاف على ان لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته ايضا ولانه قال لما بينا ومراده به على ما صرح
الشراح قاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شك ان ذلك يقتضي ان لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فاني يصلح
ما في الذخيرة لان يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولعمري ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا موهوم محض فكيف ينبغي ان يصار
الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كانه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلثة التي ذكرناه
انفا لاختلال راي الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الى آخره
وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستاجر انه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب
الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب
اجرا انتهى كلامه اقول جوابه عن بحثه ليس بتام اذ لا شك ان استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط او الصباغ الثوب
بعد الفراغ من العمل وقال لا اعطيك حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند ائمتنا الثلثة كما ان للبائع ان يحبس المبيع لقبض الثمن صرح
بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب الا انه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط او الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد
الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استيجار
نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام
العقد وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار





والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي اوردناها على
راي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستاجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل
وعدم تحققه وليس فليس تامل (قال ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج
الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم
فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجرة لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا
بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف
ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يستحقها حتى يشرجها لان التشريج
من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه
ولابي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل
بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ
فله ان يحبس العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء
البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له
لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين
فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له
ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان
على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلثة وقال زفر رح ليس له
حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة
العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء البائع واذا شرط على الصانع
ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق
له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين
قوله ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا الى آخره قال في العناية ذكر هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة
حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون انتهى اقول فيه شئ وهو انه اذا علم من مسئلة الخياط
آنفا ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي ان يقصده العاقل فالوجه ان المقصود
من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو ان الفراغ من العمل في الخباز بماذا يكون ويرشد اليه انه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز
من التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين معا لقال هكذا تدبر
فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب ووجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى
بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء

بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه مسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر والله اعلم بالصواب

## باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز فيها انتهى اقول فيه نوع خلل اذ لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستاجر للموجر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر ههنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا انتهى اقول فيه ايضا شيء تامل (قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قوله ويجوز استيجار الدور الخ قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستيجار يعني يجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا ان يقول زمان العقد استاجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه وقال اكثر الشراح الى سمته في تصوير هذه المسئلة غير ان صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز ان يتعلق قوله للسكنى بالاستيجار اي يجوز استيجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان له ان يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري انتهى ههنا كلامه اقول فيما قاله تاج الشريعة كلام اما اولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة اصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى او يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار او حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استيجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت معدة للسكنى غني من البيان غير خفي واما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استيجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو انفع للبناء من السكنى ينبغي ان يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط السكنى واحد فله ان يسكن غيره كما سياتي في الكتاب ففيما هو انفع مما شرط وقت العقد اولى ان لا يعتبر التقييد ثم الانصاف انه لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد للسكنى في موضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان اولى واحسن كما لا يخفى (لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) قوله لان العمل المتعارف الى آخره ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد لانه لا ينتظمه قوله وله ان يعمل كل شيء سوى ما يوهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستحقه بمطلق العقد انتهى كلامه اقول ليس بشيء من شطري كلامه بسديد اما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره ان العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك يبقى اعمال



السكنى على اطلاقها فله ان يعمل كل شيء منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى اعمال السكنى وبين القول بان له ان يعمل كل شيء من اعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى انواعه واصنافه وعدم التفاوت فيه فلا اعتبار في تعليل الذي ذكره المصنف وغيره واما شطره الثاني فلانه لو كان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستاجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير الى المتعارف فيها هو السكنى لزم ان يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى ايضا ولم يقل به احد بل صرحوا في عامة المعتبرات بانه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وغيره وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية الى النزاع كما في استيجار الاراضي للزراعة (وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا) قوله وانه لا يتفاوت فصح العقد الى آخره قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى اقول لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهوا من المكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر واما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد يتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعني وجه الجواب ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا يتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف الى آخره اقول كلامه ليس بصحيح اما اولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قطعا واما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولانه بل ياباه اذ مقتضى هذه النسخة ان يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال الى آخره وان اراد ان المذكور في لفظ العناية بصدر الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك ايضا بل المذكور فيما رايناه من نسخ العناية عبارة وانه بدون اللام (لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق وان لم يشترط لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع) قوله لان فيه ضررا ظاهرا الى آخره اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان اعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالاشياء المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعني السكنى لا يتفاوت ويمكن ان يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذي يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله ان يعمل من ذلك ما شاء فتامل (ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت

المدة والزرع بقل حيث تترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان ينقص الارض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة) قوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع الى آخره اقول لقائل ان يقول في التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي تمام ان يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله انها قد يستاجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له في اثباته فالجواب انه لابد في صحة عقد استيجار الاراضي للزراعة من امرين احدهما بيان انه يستاجرها للزراعة لانها قد تستاجر لغيرها ايضا فلابد من نفي الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها والمص لما رأى اندراج الاول ايضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمي ما يزرع فيها بناء على ان تسمية ما يزرع فيها فرع التسمية نفس الزراعة اشار الى تعليل كلا الامرين اما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها واما الى التعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها يستاجر لغيرها ايضا فلابد من البيان نفيا للجهالة ولابد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلابد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى (فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس متفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا) قوله فان اطلق الركوب جاز له الى آخره اعلم ان استيجار الدواب للركوب على ثلثة اوجه لان المستاجر اما ان يقول عند العقد استاجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئا او زاد فعلى هذا اما ان يقول على ان يركب من شاء او يقول على ان يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان ان لا يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال وكانها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة لكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار لانه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا ثم اعلم ان الشراح افترقوا في تعيين ان المراد بقول القدوري فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء اي وجه من هاتيك الاوجه الثلثة فجزم طوائف منهم كتاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بان المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو ان يقول على ان يركب من شئت فان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بدون شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام ابونصر الاقطع في شرحيهما لمختصر القدوري وجوز فرقة اخرى منهم كاصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين احدهما آخر احوال الوجه الاول وهو انقلاب



العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بان يكون معنى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء لو اركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة اعني قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي ان يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعين المعقود عليه بقاء لا الاطلاق وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فان اطلق بان قال على ان يركب او يلبس من شاء جاز له ان يركب او يلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ انتهى تدبر (قال وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا به) قوله وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة الى آخره كلاهما مثال لما هو اقل في الضرر واما مثال ما هو مثل في الضرر فكما اذا سمى خمسة اقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة اقفزة حنطة اخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكي كما هو دابه في اكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة في الضرر ويرجع قوله والسمسم الى قوله اقل وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل ما خف منها ولهذا لو شرط ان يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلا لها لم يضمن كما لو شرط ان يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله اقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثله اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه اقول فيه خبط واضح كانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السمسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك ان المراد بالمثل والاقل ههنا ما هو مثل واقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما يكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل امر بديهي فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية ايضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما افصح عنه صاحب الغاية (وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل الا انها عطبت بما هو ماذون فيه وما هو غير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح) قوله وان استاجرها ليركبها الى آخره قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون

يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام صيغة التمريض لذلك انتهى اقول ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد المراكب في الآدمي لا الثقل هو ان الآدمي مخصوص بعلم الفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلوائي هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا ارادف مثله واما اذا اردف صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة الى هنا لفظ النهاية تامل ترشد ثم انه لا محال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر في عامة المعتبرات الفتاوى وناهيك قول شمس الائمة الحلوائي ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا انه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقياس بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا انفسهم بالقياس ليعرفوا اوزانها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى وكانه زعم ان مراد صاحب الكافي انه لا يمكن ان يوزن الآدمي بالقياس اصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن ان يوزن اصله الا ان يكون مجردا او جسما لطيفا (وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا فالان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رح ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونهما وهما للمبالغة فيقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت هو ضامن وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك) قوله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا الى آخره قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره انتهى كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب اما في الاول فبان قال ويجوز ان يقال المراد بالدخول عدم الخروج واما في الثاني فبان قال ولعل الاولى ان يقول اي الفعل المتعارف انتهى اقول كل من تصرفيه ساقط اما الاول فلان كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة واما الثاني فلانه لو قال في تفسير المعهود اي الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف الخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وان اراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف او الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر في تبيين المراد فالاولى ما في العناية كما لا يخفى (وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع ذلك السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول يتناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا) قوله وفي



الاجارة والعارية يصير الحفظ الخ فانه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك وعلى من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين واجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بانا نزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل انتهى اقول يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان يحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا ان يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على احدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز ان تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث يقال فكيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستاجر الذي فعل ما فعل مستاجرا من غاصب الدابة فتدبر انتهى كلامه اقول ليس ذاك مستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستاجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او نائبه فهو لا يبرأ عنه الا باحدهما ولم يوجد ههنا شيء منهما فظهور صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد عن المالك او نائبه ان المستاجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على احدهما لا ان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على احدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز ان يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستاجر الذي استاجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه ايضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذلك بالنظر الى ما نحن فيه ايضا فلا يتم المطلوب فالمخلص في الجملة لتصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نبهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يد المستاجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف العارية قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن ابان في الطعن في جواب الكتاب لكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المفاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في نقل فاما يد المستاجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استمساك العين المستاجر اذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الاجرة انتهى وعلى هذا المنوال وذكر طعن عيسى بن ابان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قبل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ اليه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة انتهى اقول ليس هذا الجواب بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك الذي عده مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستاجر ان كان كيد المالك

كان تعدي المستاجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي ان يضمن المستاجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم لحاق واحد من الاجارة والعارية بالآخر فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستاجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حملا يحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه يضمن من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا) قوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة الى آخره قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا تاخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحنطة وهذا ظاهر انتهى اقول بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستاجر على الدابة وهو الحديد اقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الحنطة وكان فيما نحن فيه ما وضعه المكتري على الحمار وهو الاكاف اكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهذا عكس ذلك لا محالة

## باب الاجارة الفاسدة

تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغا ما بلغ اعتبارا له ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا) قوله والواجب في الاجارة الفاسدة الى آخره قال جمهور الشراح



اي الواجب فيها هو الاقل من اجر المثل من المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما يقتضيه سياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت بجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الى آخره لفظ القدوري في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد بالشرط كما يفسد بالبيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكره قبل مقدار الورقتين ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سياق الكلام علة يجعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح الكلام القدوري واما ثانيا فلانه لو كان الكلام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم ان يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وان يكون حكم باقي انواعها وهي ما فسد بجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند ابي حنيفة رح متروك الذكر بالكلية غير مبين اصلا لا في المختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في سائر المعتبرات وهذا مما لا يقبله الفطرة السليمة واما ثالثا فلانه ان اندفع بجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره يرد عليه ان يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من اجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استاجر دارا او حانوتا سنة بمائة درهم على ان يردها المستاجر فان الواجب على المستاجر هناك اجر المثل بالغا ما بلغ صرح به في فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر في النهاية ايضا نقلا عن فتاوى قاضيخان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجرة المثل والمسمى ثم اقول الحق عندي ان اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق او الجنس وانه لا حاجة الى تقييد الحكم المذكور بانه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجرة المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما يتصور فيه فانه اذا لم يكن هناك اجر مسمى او كان المسمى مجهولا لا يمكن ان يجاوز المسمى بشيء اصلا للقطع بان المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو ان يقال هناك لا يجاوز المسمى باجر المثل فصار ملخص المعنى ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الا ان يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل تجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب اجرة المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من اجرة المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل ان الشراح جعلوا وجوب الاقل من اجرة المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز به المسمى وابقى اوله على ظاهره وهو وجوب عين اجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتامل وكن الحاكم الفيصل (ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه) قوله ومن استاجر دارا كل الى آخره قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ في

الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في اول الشهر فقبل الانعقاد كيف يفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب اقول في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في اول الشهر الا ان عقدها قد تحققت في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في اول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فلم لا يجوز الفسخ قبل اوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة ايضا بعذر او عيب قبل استيفاء المنافع تمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع انه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب

(واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح فلو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه وليس للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بل دون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره) قوله واذا تم كان لكل واحد منهما الى آخره قال في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان ابا حنيفة رح قال هذا جائز ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر فان سكن يوما او يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلف عبارة المشايخ في تخريج المسألة بعضهم قال اراد بقوله جائز ان الاجارة في الشهر الاول جائزة فاما فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في راس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وان جازت الاجارة لما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما راس كل شهر ان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانها ان موضوع الاجارة ان لا تزيل الرقبة من مالك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر حتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما راس الشهر لزوال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها ابد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الا ان المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل واحد منهما راس كل شهر وانما اختلفوا لان راس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الهلال وبعد ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجيء وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلاثة اما ان يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر واهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول ابو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رح في البيوع اشترى عبدا على انه بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا



الفسخ بل يتوقف الى ان يزول الحمى في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى ان يصير مال المضاربة دراهم او دنانير فينفذ للفسخ حينئذ كذا ههنا والقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا والفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال فانما اراد به راس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال او في يومها لم يحنث استحسانا الى ههنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه اقول لقائل ان يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الائمة في وضع هذه المسألة فان محمدا رح قال في الاصل ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر والامام قاضيخان قال في فتاواه رجل آجر داره او حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة ولا يخفى ان مقتضى هذه العبارات ان يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على ان يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه واقول يمكن ان يقال نفاذ الفسخ وتاثيره في ذينك الطريقين ايضا عند ان ينقضي الشهر الاول واهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز ان تكون تلك العبارات في وضع هذه المسألة بناء على ان ظهور اثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني وهذا غاية ما يمكن توجيه الطريقين المذكورين وان كان ينبو عنه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسألة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث ايضا لتعامل الناس من غير نكير منكر الا ان لكل واحد منهما خيار الفسخ براس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى اقول بل لا معنى لما قاله الزيلعي لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح للمعارضة للدليل القطعي اصلا فضلا عن ان لا يعتبر القطعي في مقابلته على انه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في راس كل شهر فكيف يقع النزاع (لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له) قوله لان الاوقات كلها الى آخره قال صاحب العناية في تعليله لذكر الشهور منكرا وتبعه الشارح العيني اقول ليس ذلك بسديد اما اولا فلان المذكور في مسألة الكتاب هو السنة دون الشهور واما ثانيا فلان المذكور في مسألة النذر بالصوم ايضا مذكور مع ان الجواب مختلف والصواب في تعليل ذلك ان يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما اصلا فان التعليل هو الفارق بين المسألتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له تبصر

(ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في

اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق (ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام فاما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على اناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا) قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال الى آخره قال صاحب العناية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول اي يبصر الهلال وقال اراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله اراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل اول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه اقول نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله اي يبصر الهلال فعلى مقتضى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو اول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله اراد به اليوم الاول نفس معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان ان ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو اول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر ونظيره ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله براس الشهر في قوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل راس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المذكور اصلا (ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة) قوله لان القربة متى حصلت وقعت على العامل الخ اقول ينتقض هذا بما ذكره المص في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك يشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري انتهى فان ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت تقع ثوابها للفاعل لا لغيره انتهى اقول يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي ايضا في اول باب الحج عن الغير من ان الاصل ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة كانت او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب تضحية احدى الشاتين لامته انتهى فليتامل (ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الى آخره اقول فيه بحث لانه ان اريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشيء اصلا فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان اريد ان للمتعلم ايضا مدخل في ظهور اثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم ياخذ ما القاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه اثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من اخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والعلم



متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيؤل اخذ الاجرة على التعليم الى اخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات امر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفى التغائر الاعتباري لنا اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن منه اخذ الاجرة عليه كذلك فتامل (وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية لا تستحق بالعقد ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رح انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه) قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم الى آخره اقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والثالث المارين آنفا ان لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستيجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه الموجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستيجار في هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتامل في دفع هذا الاشكال اللغوي لعله مما تسكب فيه العبرات الا ان لا يعلم صحة ذينك الدليلين (واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه) قوله واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا هذا جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو يتوقف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ ولانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما يتاخر عنه ثبوتا كذا في العناية واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية اما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة عن التسليم بل يقولا ان يتحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ انتهى واما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتاخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكر ههنا من قبل ابي حنيفة رح ليس بمبني على ان يكون مدار ما قاله صاحباه على ان التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذاك مبني على قولهما او بالتهايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله ان يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متاخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن ان يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتاخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه اصلا واما الثاني فلانه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتاخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ ان ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلية او بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم اي القدرة عليه بالتخلية او بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به ايضا ما اريد هناك (وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء) قوله وبخلاف الشيوع الطاري الى آخره قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكن في قوله وبخلاف

ما اذا آجر من رجلين بنحوه من ذلك بدون التأمل انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال
يرد على دليل ابي حنيفة رح وهو ان الشيوع لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك ايضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما
نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تمهيدا لما بعده (وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما
بينهما طارئ) قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين الى آخره قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانها عقد مضاف تنعقد ساعة
فساعة وكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا انتهى كلامه ورد صاحب
العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه
لانه عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه
لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها انتهى اقول كل من اصل رده وعلاوته فاسد اما الاول فلان
قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه او الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهم
صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى فمعنى الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم
يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ
كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية
توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ولم يدر ان الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال اصلا بل يكون مقويا له
كما يظهر بالتأمل الصادق واما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه احد فان الاصل عندنا ان العين المستاجرة اقيمت
مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر باق شرعا
ببقاء العين المستاجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا
مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكره ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بان آجر رجل من
رجلين ثم مات احد المستاجرين او بان آجر رجلان من رجل ثم مات احد الموجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد
فكان بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله لان الاجارة تتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فلان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي
ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع
طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير
من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار ايضا فتنبه (ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة) ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة الخ
قال في النهاية علم ان القياس يابى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة لو استاجر شاة او بقرة
مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين
وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استاجر
صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم يكن الاجارة واردة
على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة ترد على استهلاك العين مقصودا
كذا في الذخيرة الى ههنا لفظ النهاية اقول هذا تحريك كيف بل مختل لان المشائخ قد كانوا مختلفين في ان المعقود عليه في استيجار الظئر
ما ذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن تبع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سياتي تفصيل



ذلك ومدار ما ذكره في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكره في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فينبغي
ان يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابى جوازها لكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص باحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي
وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى انه لا يصح على احد القولين وجه القياس ولا يصح على القول الآخر وجه الاستحسان فلا
يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور لان ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس بل لا اثر له اصلا بعد تقرر
شيء كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تامل تقف (لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به
كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي
والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته
بلبن شاة لا تستحق الاجر) قوله لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن الى آخره قال الشراح يعني بعد الطلاق اقول الاولى ان يقال
يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها
لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي
قبل انقضاء العدة انتهى اقول ليس ذاك بتام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن ايضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب
فيما مر وعن هذا قال المص هناك وبهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية انتهى فتدبر (والاول اقرب الى
الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع
بلبن الشاة ان شاء الله تعالى) قوله والاول اقرب الى الفقه الى آخره القول اختيار صاحبي الذخيرة والايضاح واختاره المص ايضا
كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتاخرين ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة
الصبي وما يحتاج اليه فاما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا يستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح ان العقد يرد على اللبن
لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد
الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية
من اختيار المصنف ما اعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد ان راى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله
ورد عليه صاحب العناية بعد ان روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود
وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن كجعل العين بطريقه منفعة وتنقض
القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع النهي عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تشبث له بما روى ابن سماعة عن
محمد رح انه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه يجوز بيعه وجواز لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس
بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام
محمد ما يدل على شيء من ذلك الى ههنا كلامه اقول خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على ان استحقاقه من حيث كونه مقصودا
لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه
من حيث كونه مقصودا الا يرى ان الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع انه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان الشارح العيني ههنا كلمات كثيرة
مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي وردا على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا
حالها لزم منا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا ان نذكر ههنا من اولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية قلت قول شمس الائمة

السرخسي هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان تحدث شيئا فشيئا مع بقاء اصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن ياكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار اصحاب محمد وابي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة اقول كل ما قاله في الاول والآخر فاسد اما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا ان لا يكون لها بقاء اصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك ان هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا امر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من النظيرات والتشبيهات مما لا يجدي شيئا اما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله واذا الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه واما الصورتان الاخريان فان العين فيهما وان كان مملكا للغير لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لها فيما نحن فيه اذ الكلام في ان عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لا ان شيئا من العقود لا يرد عليها واما ما قاله في الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وذلك كونه سائغا فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه ايضا في كتاب الاقرار ولا شك ان مراد صاحب العناية ايضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية انه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التي هي الرواية المعتمد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه لم يسمع بها قدست يداه (واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة ره وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع) قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة الخ قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرناه يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين اقول فيه نظر اذ لو كان مراد المص بقوله ما ذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستيجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستيجار على الخدمة اي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستيجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا لا محالة وفي استيجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار احدهما بالآخر فالحق ان مراده بقوله ما ذكرناه ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة واخر ذكر القياس الى ههنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة واما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافقا للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السوال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم (ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا) قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها الخ قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى اقول ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ



حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المص بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا اقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ اي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره وان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعي جاز ان يفهم منه اول المعنى الذي ذكره المص وهو قوله ان يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه اصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه انه يعطي بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير انتهى واما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الآخر مع المعنى الذي ذكره المصنف وفي اوله تفصيل زائد على ما في اول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في انفهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفهام البعض الآخر منهما والا كان ذلك المعنى الذي ذكره صاحب النهاية اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد نقل ما قاله صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المص لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا يؤل الى ذلك انتهى اقول لا يخفى على من له دراية باساليب الكلام ان تقدير بدلا بعد ان اخذت كلمة ان يجعل بمفعوليها ركيك من حيث الاعراب والمعنى فعليك بالتامل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز ان يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض اي للطعام او المراد بالتسمية هو التعيين اي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي تامل انتهى كلامه اقول كلا التوجيهين مجروح اما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو ان حذف حرف الجر مع غير ان وان انما يجوز فيما سمع نحو استغفرت الله ذنبا اي من ذنب وبلغاه الخبر اي بلغ له واما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا يقول اياك الاسد لامتناع تقدير من انتهى وفيما نحن فيه ايضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض اي حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المص وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا واما الثاني فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي والا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين او حقيقة في احدهما مجازا في الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الاصول (ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة ره خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فلهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد واما ما ذكر محمد ره ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع) قوله ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان الى آخره قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله اوصافها اي اوصاف الطعام على تاويل الحنطة انتهى اقول فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تاويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام والحق عندي ان مرجع الضمير هو الطعام بتاويل كونه اجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة اوصافها اوصاف اثمان

فلا يشترط تاجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكره والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة سلك في تاويل تانيث ضميره وصفها مسلك سائر الشراح من التاويل بالحنطة وقد عرفت حاليه (فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه) فان هذا ايجاز وليس بارضاع الى آخره في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم اي نصب يقول منه وجرت الصبي واوجرته بمعنى انتهى اقول لقائل ان يقول اذا كان هذا ايجارا ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع هذه المسألة وان ارضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر ان يقول وان اوجرته بدل وان ارضعته اللهم ان يحمل على المشاكلة بملابسة مسألة استيجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تامل فان قيل الظئر اجير خاص او اجير مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان توجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير امين فيما في يده انتهى ويحتمل ان تكون اجيرا خاصا وان تكون اجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها فان اجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك اهلها الاولون حتى يمضون هذه الاجارة فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اثمت وهذه جناية منها واما الاجر كاملا على الفريقين انتهى ووجه الدلالة على احتمالها انها لو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر وحا من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا واثمت بما صنعته ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فكانت بينهما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تاثم لشبهها بالاجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتفى اثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها اجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال انها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى اقول نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله الا يرى انه ليس لها ان توجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها اجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجاز النفس من غير المستاجر من خواص الاجير الخاص واما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز ان يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي ان تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض المتفاضل قال ولعل الاولى في الجواب ان يقال ان قدم المستاجر ذكر المدة بان يقول استاجرتك سنة لترضع ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استيجار الداعي انتهى اقول ليس ذاك الجواب بتمام اذ يرد عليه ان يقال لو كانت الظئر اجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستاجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا اجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تاثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات ايضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال اب الصغير للظئر استاجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة اجير مشترك لان الاب اوقع العقد اولا على العمل انما يشكل فيما اذا قال لها استاجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها اجير وحد في هذه الصورة لانه اوقع العقد على المدة اولا وليس للاجير للواحد ان يوجر نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستاجر الاول والوجه في ذلك ان اجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياطة والقصارة ثم لو كانت اجير وحد من كل وجه لم يستحق الاجر كاملا على الاول وتاثم بما ارضعته ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم



تاثم فاذا كانت بينهما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تاثم لشبهها بالاجير الوحد انتهى فقد ظهر ان مجرد تقديم المستاجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر اجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فليتبصر (وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره) قوله وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات سيما في ديارنا الى آخره قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل تترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف انتهى وقال بعض الفضلاء سيجيء من المصنف في اوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث اطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال تترك بالعرف كالاستصناع فراجعه انتهى اقول ما سيجيء من المصنف في اوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية فان المصنف بعد ان بين في اول كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وجائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع انتهى ولا يقتضي ذلك ان يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي ان ما انعقد على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه اي من حيث انها استيجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في الدليل ابي حنيفة رح على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه آخر من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في الدليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استيجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين احدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما انه موجب القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلوائي واستاذه القاضي الامام ابي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا فما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المص في المزارعة يجوز ان يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلوائي واستاذه فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسألة فلا باس بها (وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر) قوله وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر الخ قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسألة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا او دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وباي سبب يملكه انتهى كلامه اقول من كل اشكاليه ساقط اما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسألة فيما اذا اسلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قوله [illegible] ملك الاجر في الحال بالتاجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك [illegible] منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قال [illegible] مسألتين احداهما فاذا استاجر [illegible] الاجارة فاسدة للاجير [illegible] ان كان [illegible] والثانية ان استاجره ليحمل [illegible] بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا اجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر [illegible] وهي من مسائل اجارات [illegible] المنافاة بين قولهم ملك الاجر في الحال وبين قولهم انه لا يستحق الاجر [illegible]

الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه ملك الاجر ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجر بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايفاء شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليك انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث قال واما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استاجره لحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك لنصف الكر من قبل ان البدل نصف كر مطلق لا نصف كر محمول الى بغداد فصار بتسليم الكر اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكر قبل ايفاء شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستاجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى ههنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذينك الاشكالين الى ما هو تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجر في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا انتهى كلامه (لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط) قوله لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه الخ قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره ايضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا ان يحمل على المبالغة في التشبيه اي هو كعامل لنفسه انتهى اقول هذا البحث غير متمش راسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط اما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره ايضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تمشية البحث ههنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب و سياتي تتمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق

ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها ويسقيها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد) قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا الخ اقول لقائل ان يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما مر جوابه في معتبرات الفتاوى بلا ذكر

خلاف



خلاف هناك فتامل (ولان مؤاجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده) قوله ولان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير الى آخره قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على اصل المدعى فالظاهر ان يقال ولان بالواو انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الارض الى آخره دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد لا على اصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع (وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا يبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين) قوله وقيل ان يكربها مرتين في موضع تخرج الارض الى آخره قال الشراح انما قيد بهذين القيدين اي بالكراب مرة ويكون المدة سنة لانه اذا شرط ان يكربها مرتين في موضع لا تخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين او كانت تخرجه بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز وعبارة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان الثاني ايضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا يتاتى زراعته الا به انتهى اقول ليس شيء من شطري كلامه بسديد اما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك ان الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة اخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته واما شطره الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا يتاتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستاجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه اصلا للمستاجر لان له نفعا فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى (ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح) قوله ولنا ان الجنس بانفراده الى آخره وهو ما حكي ان ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل واقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب ايضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصحبه الباء تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لفقدانها فيه ولزوم وجود احدهما حكما

وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه اقول في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا اقيم العين مقام المنفعة في احد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني ان هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب ان يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها الذي يتاخر ويحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثاني مرتبا على الحكم دون الثاني تحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون اوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما امكن ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعي ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر اولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى اقول فيه ايضا بحث لانه ان اراد بالمعقود عليه الذي ردده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يابى جوازه الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه فاقمنا الدار مثلا مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قط وان اراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير ان يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباعث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بان مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتامل اقول هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بجنسه والذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال ان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف يخفى على مثله ثم ان الامام الزيلعي استشكل اصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس ايضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور النسيئة فعلم بذلك ان الاحتجاج به غير مخلص الى هنا كلامه اقول كل من وجهي استشكاله ساقط اما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس ايضا قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنفعة ليست بدين اذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل في عامة الشروح واما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا ان نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتاخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة ان عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لان نفس العقد يتكرر ساعة فساعة اذ لا شك ان الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقرر في صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد



الا انه يتحقق نفس العقد فحين ان يتحقق نفس العقد وهو ان صدوره عن المتعاقدين يتحقق النسيئة في المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيهما النسيئة فتبصر ترشد (ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة) قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة الى آخره قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى اقول للخصم ان يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة ولا يخفى ان كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد او في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر او في محلة اخرى من البدل الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا ان يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكانه اشير اليه في الكافي وغيره بان يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لا تيفاء الفضول انتهى تامل تقف (قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب) قوله وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه الى آخره قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء عندي لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى اقول ما ذكره في بيان انه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالزام في قوله يتوجه الزام الشافعي رح اما ان يكون مضافا الى مفعوله او الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره اما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استيجار الدار المشتركة بين المستاجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي رح بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا وهل يصير ذلك الزاما علينا ايضا واما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار تتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في ان لا يكون نصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالزام علينا من الشافعي اصلا ثم اقول الظاهر عندي ايضا انه لا حاجة هنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تمشية استشهاد الشافعي ظاهرا بالمسئلة المذكورة لا تتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستاجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذا كل الجواب الذي ياتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي رح بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الاطلاق يشهد به كله بالتامل الصادق (ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر) قوله ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له الى آخره قال في العناية اذا الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى اقول في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع السؤال لان حاصل السؤال ان حمل الكل واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل الكل جزء منه

لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستاجر فلا بد ان يجب الاجر بحمل الكل فذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك ان عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيئا في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام) قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه الى آخره قال صاحب العناية ولقائل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على عمله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس او للحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر فاعتبر فيه كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه اقول في الجواب شيء وهو ان قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه بوجود المستاجر ليس بتام مع ان بجعله عاملا بحاجة المستاجر دون حاجة الاجير فان له حاجة اي الاجر كما ان للمستاجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا يقضي حاجته بل انما يقضي حاجة المستاجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستاجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب الاجير العامل فيما نحن فيه اجر لم يندفع الحاجة التي شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستاجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسها انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستاجر فيه واحتمال ان لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى (وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما) قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه الى آخره هذا جواب عن قياس الخصم على استيجار العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منافعه لان المنافع مما لا يقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استيجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور ان يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تمليك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شيء في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه اي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحمل صح ايقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة لان العقد يرد على المنفعة انتهى اقول فيه نظر لان قياس الخصم انما على استيجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة اجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد اجير وحد وذاك ليس بمقيس عليه ولا شك ان عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي ان لا يصح ايقاعه في الشائع كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله بخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على ان المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يومي اليه اقحام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما اوردناه على تقرير صاحب النهاية من ان قياس الخصم على استيجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة



لا على استيجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استيجار العبد المشترك بكون الملك مما يمكن ايقاعه في الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه ايضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففي كل فرد من افراد الاجارة يملك المستاجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي ان يجوز ما نحن فيه ايضا باعتبار ايقاع تلك المنفعة في المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه اول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه ايضا بوجوه منها قياسه على استيجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استاجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعني ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه امر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا انتهى اقول مضمونه موافق لما في العناية فيرد عليه ما فيه فتامل في التوجيه (فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا) قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى الى آخره قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعدما فسد العقد للجهالة تعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد انتهى كلامه اقول لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد واما اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا محالة والصواب ان يقال اذا كان ذلك قبل نقض القاضي العقد وان يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظ قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظ بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد) قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت الى آخره قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني اقول لا يخفى على الفطن ان جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا يقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور ان يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه وانقضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا ان المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لجواز ان يكون ما زرعها مضرا بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد احدهما بالتعيين لما ان العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي ان يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من احدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله وفي هذا التعليل

اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصحيح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتبار توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء احد النوعين من المنافع بدون هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء احد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد احدهما باستيفاء ذلك واما اذا انفرد احدهما به فلا يزول ذلك اصلا نسخه
او هذا مما لاستر به فالكلام التفصيل انه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستاجر في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور راسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستاجر فيها ومضي الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به او لا فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المذبور قطعا

## باب ضمان الاجير

لما فرغ من ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية فقال لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ضمان الاجير انتهى وكل من هذين التقريرين جيد واما صاحب العناية فقال لما ذكر ابواب عقود الاجارات صحيحها وفاسدها ساقت النوبة الى ذكر احكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكر في النهاية ن
هذا الباب انتهى ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان انتهى ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسر الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة افراده او المراد هي الضمان وجودا وعدما انتهى اقول توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما ايضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان اقل الجمع ثلثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب اجر واسم الفاعل منه موجر لا مواجر منه انتهى اقول فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه موجر لا مواجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير ان يكون اسم الفاعل منه موجر لا مواجر يلزم ان يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتامل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه موجر انتهى كلامه اقول بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد ايضا وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب اليم على راي وقال واما الفعيل بمعنى الفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا انتهى وقال الامام المطرزي في المغرب واما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه فعيل بمعنى مفاعل انتهى وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكانه لم يذق شيئا من العربية

(قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى اجيرا مشتركا) قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار الى آخره قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري انتهى يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس ايضا اي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا يرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك ايضا لان التقديم كل منهما على الآخر وجها اما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه واما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك هنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتامل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه اقول ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الى آخره



ليس بتام اما اولا فلان معنى باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما اشار اليه نفسه ايضا فيما قيل بقوله والمراد وهي الضمان وجودا وعدما والا اي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم ان لا يصح عنوان الباب على قول ابي حنيفة رح اصلا اذ لا ضمان عنده على احد من الاجير المشترك والاجير الخاص وان لا يصح ذلك عندهما ايضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي ان يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء ثم فلا يتم قوله وذلك في المشترك واما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هناك الى وجه يرجح اختيار احد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون ذلك مرجح احد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما اشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر في العلوم العقلية ان ترجيح احد المتساويين بالاختيار جائز وان المحال ترجح احدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه امر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب العناية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤل عاقبته الى الدور النهاية ن
لان هذا الحكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قيل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل من هو فلا بد للمعرف ان يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور لكن ن
قلت نعم كذلك الا ان هذا التعريف للخفي بما هو اشهر منه في فهوم المتعلمين او هو تعريف لما لم يذكر فيما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجير متى يستحق وصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهذا الاجير المشترك الى هنا كلامه اقول في الجواب خلل اما اولا فلان قوله في اول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور تعيين فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا ان هذا تعريف للخفي الى آخره واما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف اشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو الاجير المشترك واما ثالثا فلان المذكور في باب الاجير متى يستحق بقوله او باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم صرحوا هناك سبب استحقاق الاجير مطلقا الاجرة في معان ثلثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم ان لا يستحق الاجير الخاص الاجرة اصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله او باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص ايضا فكيف تصح ان يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي لا يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة اخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم ما سبق في باب الاجير متى يستحق ان بعض الاجير يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف انتهى اقول اصلح الجواب في الجملة كما ترى ولكن فيه ايضا خلل لانه ان اراد بما علم ما سبق في ذلك الباب ما ذكر هناك بقوله او باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من ان ذلك حكم عام للاجير الخاص ايضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان اراد به ما ذكر هناك بقوله وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب قد علم ما سبق ان بعض الآجر يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد قيد البعض تجه عليه ان المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتامل وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان قول المصنف لان المعقود

عليه انما هو العمل او اثره مشكل لدفع هذا السوال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل من استوجر على العمل او اثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف ايضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسوال المذكور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير ان يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف يصحح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة فاذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته فاما ان يحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذي هو المعرف فيلزم الدور او لا يحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء اعلم ان قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر او شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كان يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى اقول انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل ان يعمل واما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل اصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اصلا على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك اصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل اصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان اخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستاجر وكان الامام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده وقوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي انه قوله لان المعقود عليه الى آخره تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو ان بعض الاجر لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله يبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا ان المص فرع على ذلك التعليل قوله فكان له ان يعمل للعامة لبيان المناسبة فليتامل الى هنا كلامه اقول مدار استخراج ذلك البعض ورائه في هذا المقام على ان تكون عبارة المصنف ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره وكان له ان يعمل العامة وليست كذلك بل عبارته هنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة ولا شك ان قوله كان له ان يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على انه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل فكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره لما صح تفريع المص قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل ان تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب ان هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا ايضا فلو صح تفريع قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز ان يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعا (قال والمتاع امانة في يده فان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب و



العدو والمكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظم بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه) قوله ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح الى آخره اقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية فيها اذ قد تقرر في اواخر باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه ان العمل على نوعين نوع له اثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له اثر في العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك ان هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها اثر في العين فكيف يتصور ان يكون عمله وسيلة الى الاثر وكيف يصح ان يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر ايضا في الباب المزبور انه اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه انتهى نعم اذا اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله كما مر هناك ايضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل المصلح للتسليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاوز بنوع آخر انتهى (بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره انشاء الله تعالى) قوله بخلاف المعين الى آخره قال صاحب العناية وللملتزم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة للغير من تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله وان كانت الحكمة اخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين انتهى اقول هذا لا يجدي شيئا لان صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به للغير من تبرع له بل اراد منع

بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة اخص على ان له ان يحسب
العناية ان يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا للحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر
عن الغير لم يظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة
الهبة وهبة لا تقتضي السلامة كان اسلم انتهى اقول ولقائل ان يقول ههنا ايضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له
لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرر الغير ممن تبرع له الا يرى انه اذا اخذ احد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان
فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستاجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستاجر فليتامل (وانقطاع الحبل
من قلة اهتمامه فكان من صنيعه الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط عن الدابة وان كان بسوقه
قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه الى آخره هذا جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه
ذكره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول يشكل على
هذا ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه
كالغصب والسرقة فانه يجوز ان يقال هناك ايضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من
صنيعه فينبغي ان يضمن بالاتفاق ثم اقول يمكن الفرق بان التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لا مقصودا فلا اعتبار
له واما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب
بالعقد وانما يجب كالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من
الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في
الموضع الذي انكسر واعطاه بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من
صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه
آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابتداء تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين
شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا) قوله لان الواجب ضمان
الآدمي الى آخره قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا
فيما اذا لم يوجد التعدي انتهى اقول فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الاجير المشترك في
مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند ائمتنا الثلاثة ولولا التعدي لما ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع
امانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر فوجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل انما هو مخالفة الاجير
لاذن المستاجر حيث اتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجيء من المصنف التصريح بوقوع التعدي
في المسئلة الآتية وهي نظير ما نحن فيه في الاحكام (قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد
فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر
مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على
قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه
لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد) قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان الى آخره لانه



ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد
بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما المذكور في الآخر كذا في النهاية ومعراج الدراية واحسن من
ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة
بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكتت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما
سكتت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما
يجب الضمان انتهى واما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن
الموضع المعتاد ليفيد انه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ليفيد انها اذا
لم تكن بامره ضمن انتهى كلامه اقول في بيانه خلل فانه جعل الهلاك ايضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك
ان مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منها نوعا من البيان مخصوصا به والهلاك مذكور في كل
واحد منهما غير مختص باحدهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطب من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منها
معنى الهلاك بل بانى مختصر القدوري صرح في ذلك مما في الجامع الصغير فان اهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات (قال و
الاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير
وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحق
وان نقض العمل) قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة الى آخره قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك
والجواب عنه فعليك بمثله ههنا انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك
بانه تعريف دوري لا يتمشى ههنا يظهر ذلك بادنى توجه وتدبر فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه
من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره ايضا ركاكة لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك لا تعريف الاجير الخاص وما
ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا ان يحمل على حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مسئلته وما ورد فيه
من الشبهة (قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده
لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال
الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت
مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه
والله اعلم) قوله لان تضمين الاجير المشترك الخ فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا
يأخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية اخذا من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين
في الكتاب وما ذكر ههنا يدل على ان ذلك لئلا يقصر الآخر في الحفظ انتهى اقول هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر ان ما ذكر ههنا حكمة حكمها
بضمان الاجير المشترك وما ذكر فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا ينافي بينهما اصلا على انه لو كان ما ذكر ههنا ايضا دليلا
لا حكمة لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكر ههنا وما ذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم

## باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قال واذا قال للخياط

ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان) قوله غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع الخ قوله فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال اقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكره واما الجهالة التي في طرف العين المستاجرة في نحو قوله اجرتك هذه الدار سنة بخمسة او هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذ المستاجر يريد هذا والموجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي ان لا يصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه واجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاستشكال في صورة ان تكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه اقول ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكروا في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستاجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استيجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستاجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بان الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتامل في دفع اصل الاشكال (وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) قوله وقال زفر الشرطان فاسدان الى آخره بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد يستحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر المذكور به عند العمل كما تقدم انتهى اقول فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط امر واحد ففي اي يوم يقع يلزم ان يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سبقهم من



تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المص للجواب عنه صريحا (ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين) قوله ولهما ان ذكر اليوم الى آخره قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو ان الامامين جعلا اليوم في مسئلة ان يستاجر ليخبز له اليوم كذا ابلغ للتعجيل هربا عن البطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا انتهى اقول هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما حملا اليوم ههنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعلا اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو تصحيح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن وانما امكن هناك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على اصلهما ولقد افصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ههنا قلت هنالك حملاه على المجاز تصحيحا للعقد وههنا حملاه على الحقيقة للتصحيح ايضا اذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن انتهى كلامه (ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة) قوله ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة الى آخره مراده بالتعليق الاضافة اي الاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن يقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون مراده كذا راي عامة الشراح حتى قال بعضهم لهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو يحط النصف الآخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير الى هنا كلامه اقول فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتاخير لما صح قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد الا تسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتاخير فيجوز ذلك المعنى ههنا افساد لدليل ابي حنيفة رح بل لمدعاه ايضا فكانه انما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق اثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليل الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال او نقول المراد به تعليق حط النصف بالتاخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن ان تجويز ذلك المعنى اثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذورا يستلزمه تجويزه اثناء تقرير دليل ابي حنيفة رح فانهما يقولان لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول ابي حنيفة رح كما عرفت (ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني) قوله ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه الى آخره فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها اقول يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها ذكر العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول احد بل يعتبر الاجير اجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل اولا واجير وحد ان وقع ذكر المدة اولا والاصح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى اجاز العقد وفي مسئلة المخاتيم جعل ذكر اليوم للتوقيت

فاسد العقد على ما سبق تقريره والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وههنا قام الدليل على المجاز وهو
نقصان الاجر بسبب التاخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمه وكان التوقيت مرادا فيفسد
العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سوالا وجوابا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل
المجاز قائم ثمه وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من
دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى اقول يشكل الجواب
المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة اخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان
خطته غدا فلا اجر لك قال محمد في الاملاء ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على
درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي اصل العقد فكان في
اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب اجر المثل انتهى لفظ المحيط قال ابو حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة
كما افسده في حالة الافراد مع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك ان قوله وان خطته غدا فلا اجر لك لا يكون
دليلا على عدم ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفى الاجر
بالكلية في الغد واذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتيم جدا على قول ابي حنيفة رح
فليتامل وقد استشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة رح من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم
بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل وقال ويجوز ان يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم
للتاقيت وقال فيه تامل انتهى اقول لا يتوجه هذا الاشكال راسا اذ لا نسلم ان ابا حنيفة رح حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة
بل الظاهر انه على اصله ههناك ايضا من ان الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد واني تتبعت عامة المعتبرات ولم اجد في
شئ فيها ما يدل على صحة العقد في الصورة المزبورة عند ابي حنيفة رحمه الله بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة
فان الامام الزاهدي قال في شرحه لمختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح بجهالة المعقود
عليه انه المدة او العمل انتهى نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثناء بيان دليل زفر رح في المسئلة التي نحن بصددها توضيحا لقوله
ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو افرد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد
استحق الاجر فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور في دليل زفر رح انما ينهض حجة على الامامين فانهما يقولان بالتعجيل
حالة الافراد لا على ابي حنيفة رحمه الله فتدبر (وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى
لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به
نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى
ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل
استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة فاسدة وكذا اذا استاجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان
سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها
الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف
درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا



الاجر احد شيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده
يرتفع الجهالة) قوله وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم الى آخره اقول فيه نظر اذ قد تقرر في اول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة
الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان اصلا بل يجب اجر المثل وان نقص عن المسمى فما معنى ان تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان
وما هذا الا مخالف لما تقرر (اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح
انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان اسكانه بنفسه يخالف اسكانه الحداد
الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة) قوله اما في هذه
المسائل يجب الاجر الى آخره قال صاحب التسهيل يرد على اصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل
فيلزم ان يفسد عقد الاجارة ثمه عندهما مع انه جائز عند اصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان الاجر وان
يجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا انه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد
فانهم صرحوا بانه اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان
ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين
بخلاف ما نحن فيه على اصلهما (ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به) قوله ولو احتيج الى الايجاب الى اخره
يعني ولو احتيج الى ايجاب الاجرة بمجرد التخلية والتسليم بان يسلم العين المستاجرة الى المستاجر ولم ينتفع به قط حتى يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين
اللذين سميا في العقد للتيقن به اقول لقائل ان يقول لو جاز الاخذ بالاقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه
متيقنا لصحة الاجارة فيما اذا سمي لعمل معين او لمنفعة معينة اجرين متغايرين على سبيل البدل كان قال خط هذا الثوب بدرهم
او بنصف درهم او قال اسكن في هذا البيت بدرهم او بنصف درهم ووجب اقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به احد فتامل في الدفع

## باب اجارة العبد

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالحر شرع في بيان احكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر
لذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من انواع الاجارة
وبالرقيق مسائل خاصة يتعلق به ذكرها في باب على حدة واخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لاح لي من وجه المناسبة وما
قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استيجار الدور
والحوانيت والحمام والدواب وذكر ههنا استيجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد
كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها ظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له اصلا ولا يصح
تصرفه في شئ الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ اول الباب باستيجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف اصلا في
عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الا
تنويع المسائل الى ههنا كلامه اقول في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تاخير مسائل هذا الباب الى
ههنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة ايضا بالنوع لا عامة للجنس الا ترى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة
بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على احد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك
من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تاخير مسائل هذا الباب عما ذكر في اوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة

لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب واما ما اورده على الوجه الذي ذكره صاحب العناية وما يجد وجه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد اي لنفسه وقال واجارة الغير اياه وذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلان الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيد عليه الايجار والمواجرة فلم يتصور ان يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه واما ثانيا فلان المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان باجارة العبد نفسه وثلث منها متعلقات باجارة الغير اياه فحمل عنوان الباب على اقل ما ذكر في الباب وجعل اكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا مما لا يقبله فطرة سليمة ثم اقول في دفع ما اورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر اثره فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له اثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك ان في كل من هاتين الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره وبارتقى مسائل خاصة تتعلق به ذكر لها في باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه آخر الاحكام التي تتعلق بالعبد عن احكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب باسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المص هذا لم يبدأ اول الباب باستيجار العبد الخ اذ مداره على ان لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادي عليه تعليله ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فيشتمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدا بها اول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تامل ترشد (ومن استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار) قوله ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له الى آخره فان قيل ان المستاجر في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلما لا يكون للمستاجر ان يسافر باجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر لا يملك رقبة اجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب بمن ادعى [illegible] المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يتقرر حقه في الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم الموجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك كذا في العناية اخذا من النهاية اقول لقائل ان يقول يلزم من هذا الجواب ان يقدر المستاجر على ان يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به الموجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستاجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على الموجر بالزامه اياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الاجارة بترتيب الضرر يندفع بالتزام المستاجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم يشترط ذلك فتامل وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى ان يضم الى علته وهي قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في



منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بالعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد به المولى والعرف يوجبه او دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا توجيهه انتهى كلامه اقول فيما استصوبه نظر لانه ينتقض بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح ايضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو ايضا انما يملكها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع ان له ان يسافر بالعبد بخلاف المستاجر فيحتاج الى الفرق (ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب) قوله ولان التفاوت بين الخدمتين الى آخره قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح فتامل انتهى اقول الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد اصلا بناء على انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال العاقد وقد مكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المجال للاخرى كما في الركوب فانه اذا اطلق الركوب ثم ركب بنفسه او اركب غيره تعين هو فبعد ذلك ليس له ان يغير من ركبه اولا لتعينه للركوب فكذا ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد انه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما يربو ذلك على الاجر فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة انتهى (ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) قوله ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا الى آخره قال صاحب الكافي في تقرير هذه المسئلة ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استاجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذكر الوقت اجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير ان الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستاجر ان ياخذ منه ما اعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادا فان قلت من زاد قيد فعمل اراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف ان تركه اولى من ذكره كما صنع المصنف (ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل

ان تاتيني ببساعة فالقول قول المستاجر وان جار به وهو صحيح فالقول قول الموجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه (قوله لان الشهر المذكور الى آخره) قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما تستقيم ذكر الشهر وههنا عرف بقوله هذين قلت رايت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منهما استاجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال الموجر اجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الموجر فيبقى التنكير فيصلح التعليل بتنجز الحاجة لا لاثبات التعيين الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحرير في اوائل المقال وقال صاحب العناية قيل بني هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة انتهى كلامه اقول لا الشبهة شيء ولا الجواب اما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر في شهرا باربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي ان يتعين الاول منهما باربعة والثاني بخمسة لاحتمال ان يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاحتيج الى الاستدلال على كون الاول منهما باربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه اصلا واما الجواب فلانه لو كان المذكور في الكتاب قول المستاجر لما صح تنكير عبدا في قوله ومن استاجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو احق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم ان الذي استاجره هو العبد الذي اجره الموجر منه على ان كون اللام في قول المستاجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام الموجر مقدما على كلام المستاجر في العقد وليس له ذلك بلازم فان ايا من المتعاقدين تكلم اولا يصير كلامه ايجابا فاذا قبل الآخر لزم العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستاجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصورة ولا يخفى ما فيه ثم اقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا في شهرا باربعة وشهرا بخمسة لما بيناه في رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز ان يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعيينه المآلي حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف انتهى اقول ليس هذا بشيء ايضا اذ لا يذهب عليك ان قوله شهرا باربعة وشهرا بخمسة من كلام المستاجر وانه تفصيل الشهرين ولو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم ان يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة ان يكون الاجير عبدا بل هو يتمشى في صورة ان كان حرا ايضا بعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب ان يذكر فيه ماله اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد لا يقال ان كون الاجير عبدا اكثر من كونه حرا فبنى الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك اكثر بل الظاهر ان كون الاجير حرا اكثر لاستقلاله بكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وايضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر بسائر مسائل الاجير ايضا في هذا الباب

## باب الاختلاف

لما فرغ من بيان احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا الباب احكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بعارض



قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رح لانه منكر

قوله واذا حلف فالخياط ضامن الخ يعني به ما مر من قبل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا في الشروح واعترض بان المتعاقدين كانوا هناك متفقين على ان المامور به خياطة القميص والاجير خالف فخاط قباء وههنا قد اختلفا في اصل المامور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب واجيب بانه اختلف صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق بخلاف الاجر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك ان تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع ان التشبيه غير القياس انتهى اقول ليس ذاك بسديد اما اولا فلانهما اذا اتفقا على مخالفة المامور به كان التعدي مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا واما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير ففي وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح ان يقال اذا كان الحكم ذلك اي الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا واما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه في معنى قوله مع ان التشبيه غير القياس فهلا هو لغو ههنا (والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم) قوله والجواب عن استحسانهما الخ يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الآحاد انتهى اقول المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع واما اخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فانها من الادلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الاصول

## باب فسخ الاجارة

ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا (قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال

ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد رحمه الله ان الآجر لو بناها
ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر منعه وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن
فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد
تصير المنفعة المملوكة له او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها
لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى) قوله واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة
لنفسه انفسخت الاجارة الخ قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة
فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه بحث وهو انه قدم في اول باب
الاجر متى يستحق ان الاجرة تملك باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين
الاوليين فيما اذا مات الموجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حيوته بتعجيل الاجرة
او بشرط تعجيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة ان يفصل فيستدل
على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من الموجر والمستاجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلا عن المبسوط حيث
قال فيها ولنا طريقان احدهما في موت الموجر فيقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك الموجر وقد فات ذلك بموته فيبطل الاجارة
بفوات المعقود عليه لان رقبة الدار ينتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب
ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستاجر انه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه
الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا يرى ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا ان المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة
خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين فيكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في
حيوة المستاجر لا يبقى لتورث والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين
بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قال ويصح شرط الخيار في الاجارة
وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا
يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار
فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط
بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم
الموجر بعد مضي بعض المدة وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة
الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع) قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الخ اقول في هذا الدليل للشافعي رحمه الله شيء وهو انه قد تقرر عندهم
ان الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستيجار دار للسكنى و
ارض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول اصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه ايضا على الكمال انما
ينشأ من ان يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه
قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستيجار دابة ليحمل عليها
مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها وانما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستيجار دار للسكنى وكان الدليل المزبور



قاصدا عن افادة ما اوماه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتامل (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها
فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر
زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام
الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه
فذهب ماله وكذا اذا آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في
الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر
ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال
في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان
هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي
ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر و
من استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب
وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على
يد تلميذه او اجيره ولو مرض الموآجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وذكر الكرخي رحمه الله انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع
عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما
يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب
العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض
فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فهو ليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية
وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره
في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم
سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد
فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة
من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك
ضرر) قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المقبوض الخ قال ابن العز القول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت احد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا
قول صحابي بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد يموت احد المتعاقدين قبل انقضاء المعقود
المدة ولم ينقل عن الصحابي الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوافر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو
دون ذلك وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ او تقلع قبل قلعه
او اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت او ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه الى هنا كلامه اقول نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من ان لا يتحقق ولا اجماع ولا
قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار ان لا يصح القول بذلك فان القياس احد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيكفي تحقق ذلك
في اثبات حكم شرعي وقد تحكم فيما نحن فيه كما اشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به وبين

الجامع بقوله او المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك او انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منها فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح اصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد ان لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبث في ترويج نظره هنا اضعف من بيت العنكبوت ثم ان المذكورة منقوض بما اعترف به من ان الاعذار الكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك الاعذار ايضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك ايضا هو القياس

مسائل منثورة اى مسائل انتثرت عن اماكنها وذكرت ههنا تلافيا لما فات (قال ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) قوله واذا اقعد الى آخره صورة المسئلة اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا يتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابه من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان راس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح راس مال الشركة وان كان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك ايضا مجهول والطحاوي اخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبيل في العمل باعتبار انهما سواء فبعضهم راس مال احدهما التقبل وراس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يجب به الاجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها المتعامل بها انتهى كلامه واورد عليه بعض الفضلاء قوله واحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعين احدهما يتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من بينهما لا تعينا ففي العبارة مسامحة انتهى اقول منشا توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية واحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعيين احدهما للتولي القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال والمعنى ان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما حال كون احدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال ان تولياالقبول من الناس معا فتعبير قوله صاحب العناية ههنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته انتهى فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية لم ينفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف وجب القول بصحته انتهى (لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل (ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر وان شاهد الجمال المحمل



فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضا وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق) قوله لان هذه شركة الوجوه الخ قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا شيئا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه اقول ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا تمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية ففي الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل وكان صاحب الهداية اطلق شركة الوجوه لان احدهما يقبل العمل بوجاهته الى ههنا كلامه فكان صاحب الهداية اطلق كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى اقول ان قول المص في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة اخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه اى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تامل تقف

# كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق انتهى اقول ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل هو مختل لانه يرد عليه ان يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة ايضا فما معنى تخصيص تلك الثلاث بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الاشياء وبعبارة اخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم ان لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل واحد منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره ايضا ام لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه اصلا كما يظهر بالتامل الصادق وكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى ههنا لفظ العناية اقول في كل واحد من نقله وبيانه اختلال اما في نقله فلان الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمنها في النقل في البيع والطلاق والعتاق واما في بيانه فلانه قيد الهبة في البيان بشرط العوض واطلقها في اثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها على الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها اصلا

الهداية فيخرج بقوله بمقابلة ماليس بمال حتى يخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان والضالم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله
عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح ايضا بقوله بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وايضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول
وقد قيدهما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشيء من القيدين
مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ماليس بمال كما ذكرناه في الهبة بلا شرط عوض فتامل وقال صاحب غاية البيان ذكر المكاتب
عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة
مالها العتق بمال والولاء حكم من احكام العتق ايضا انتهى ونقله صاحب العناية برمته حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب
المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مالها الولاء والولاء
حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة
لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات الى هنا لفظ العناية اقول في نقله خطاء
لان المذكور في كلام صاحب الغاية لان الكتابة مالها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة مالها الولاء وبينهما بون
ولا يخفى ان مقصود صاحب الغاية بقوله لان الكتابة مالها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة وبقوله والولاء حكم من احكام
العتق ايضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء ايضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة
فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما نبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد
قصد رد تزييفه ايضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان اراد به انها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة الا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة
مالا وان اراد انها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في
مفهوم العتق غير مسلم ايضا وكيف والعتق على مال باب من ابوابه وقوله لان نسبة الذاتيات اولى من نسبة العرضيات محل تامل
الى هنا كلامه اقول يمكن دفع ذلك كله بان مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا ويقبض بلا شرط عوض
والكتابة ليست كذلك اذ ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك
القائل في كل من شقي ترديده اما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلانه لا شك في ان ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك
حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج واما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلان الكلام في الانسبية لا في مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله
ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض
كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض في
مفهوم العتق مما لا يدعيه احد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض واما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم
ما بشرط العوض ايضا اذ قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء اعم من شرط شيء ومن شرط لا شيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء
اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه على ما عرف ثم
ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات اولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات
ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا
عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل
في مفهومها المعتبر عند اهل الشرع واما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو مالها الحاصل عند اداء كل البدل وكذا الولاء امر خارج



عنه فانه حكم من احكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت انسب للاجارة من
العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم اقول هذا امر عجيب منهم
فان مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها كيف يجعل ههنا وجها
لتقديمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر
كتاب الاجارات فان تلك المناسبة لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبلها وهو الهبة اقتضت ايضا بالضرورة تقديم الاجارة على
المكاتب ولا يفوت امر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه انتهى
اقول فيها تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبده
بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق
ان صاحب النهاية لما قال واما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على
ما يجيء على اداء العبد مالا معلوما بمقابلة عتق يحصل له عند ادائه انتهى حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله او بلفظ
يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على اداء العبد مالا معلوما الى آخره من تمام
التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في
تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بان يقال الكتابة تحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال وما ذكر في الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق
المملوك يدا حالا ورقبة مآلا فليتبصر (قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز
فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء) قوله وهذا ليس امر الخ قال تاج الشريعة وصاحب
الكفاية خص الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كداود والاصفهاني ومن تابعه ان هذا امر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم
المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه انتهى اقول يبقى اشكال وهو ان صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء
وعن الحسن رح ليس ذاك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله
وهو مذهب داود انتهى فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من اجلة الصحابة المعروفين
بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من اعيان التابعين وكبار الفقهاء وعن هذا قالوا اجالس الحسن وابن سيرين فقول عمر وابن
سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء رضي الله عنهم في ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في الكشاف انما
يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية مخصصة عن عمر رض وابن سيرين رح لا انه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا
بين الفقهاء فتامل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية
صاحب التقريب من اصحاب الشافعي ورواية عن احمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سال العبد اذا كان ذا امانة وذا كسب اذ الامر
يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية انتهى كلامه اقول فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي رح واحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع
الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فلا يصح الاحتراز به عنه اللهم الا
ان يقال يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك
فتامل (وانما هو امر ندب هو الصحيح) قوله هو امر ندب هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة لا للندب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في الشروح اقول بهذا

وبها آنفا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ماذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في هذا المقام حيث قال وانه للندب باجماع الائمة انتهى اذ قد علم منها ان كون الامر للندب في فكاتبوهم ليس مما وقع عليه اجماع الائمة بل مما وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب اكثر العلماء (فقي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به) قوله ففي الحمل على الاباحة الخ تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا انتهى اقول هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا ان التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا ان ليس في ذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ماذكر في عامة الشروح (والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل) قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل الخ اقول لقائل ان يقول فعلى هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه اولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور ان لا يكاتبه كان جانب الترك اولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فينافي قوله فيما قبل ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتامل (لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه) قوله لقوله عليه السلام الخ قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا الغينا ما روى اصحاب الشافعي رض انه عليه السلام قال ابتغوا في اموال اليتامى خيرا كيلا يأكلها الزكوة في ايجاب الزكوة في مال الصبي بان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج احد منهم بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه اقول في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة رض ان يقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم ان لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأي على زيافة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب ان يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأي ويقال يجوز ان يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روى انه عليه السلام قال اذا اصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروى انه عليه السلام قال يودي المكاتب بحصة ما ادى دية حر وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيافة الحديث انما هو اختلافهم بالرأي لان استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول (ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع) قوله ويعتق بادائه الخ وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيره ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء وكانه قال اوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء او لو نص على هذا اعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعي رح تفسيره ضم نجم الى نجم ولو نص عليه بان قال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولا فيها عن المبسوط ولا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى اقول تنصيص المص رح عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد ان يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو



الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسير الكتابة لان موجب الشئ من لوازمه وتفسير الشئ بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك ايضا فيجوز ان يكون معنى قولهم راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك اى امر ربك وقوله تعالى واسال القرية اى اهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى واتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوة وكان الله تعالى امرنا به ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا بها على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي اتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم لانا لم نجعل القرآن موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الموجب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية اقول فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح ان يكون قرينة لكون الامر في قوله واتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون امر لغير الوجوب على كون امر آخر ايضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله فكاتبوهم للندب قرينة لكون الامر في واتوهم ايضا كذلك (قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من تنجيم لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رح لا يكون مكاتبا اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة) قوله بخلاف السلم على اصله الخ قال صاحب العناية ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب اثبت لان المسلمين مامورين باعانته والطرق متسعة هي استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوة والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول هذا السؤال ليس بوارد لانه ان اريد به ان احتمال القدرة قبل العقد اثبت في حق المكاتب فليس بذاك قطعا اذ لا اهلية فيه للملك قبل العقد قط فاني يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان اريد به ان احتمال القدرة عقيب العقد اثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين المسلم على اصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في السلم لكون العاقد فيه اهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس باهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت القدرة على البدل له قبل العقد وهذا امر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما نقله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي رح ههنا ان يسلك طريقة القول بالموجب

فيقال سلمنا ان العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يعقد عليه لعدم الاهلية للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما اشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به الا يرى ان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالك الشيء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم ان يكون العبد مالكا حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه انتهى تدبر (قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق باعتاقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل دونه واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى مقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد) قوله واما الخروج من يده الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المحل اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي يحصل عند الاداء قال فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في المال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان المالكية للنفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه اقول فيه خلل لان هذا الجواب ينافي قوله فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المضموم والمضموم اليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله اولا ان يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا في الحال والا يلزم ان تكون قوله التي يحصل عند الاداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك ايضا ان الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز ان يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى اقول ليس هذا السديد اذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل اصل كلام المصنف وهو قوله اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

## فصل في الكتابة الفاسدة

(فصل في الكتابة الفاسدة) اخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان قيمته مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة) قوله اما الاول فلان الخمر والخنزير الخ غير عن مسئلتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكانهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على القيمة وقد ادى الى هذه النكتة في بسط نفس المسائل ايضا حيث اعاد كلامه على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى وعن هذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال واما

لقيمته

الثاني فلان



الثاني فلان القيمة مجهولة الى آخره ثم انه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب (قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينها وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد) قوله وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر الخ قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية ثم ليس بصحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكره في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف رح انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى اقول ما قاله الشارح العيني ليس بشيء اما اولا فلان ظاهر الرواية انما هو عتقه باداء الخمر وباداء قيمة نفسه والمروي عن ابي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير ان يجعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه باداء عين الخمر وباداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في احد الجزئين وهو عتقه باداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه باداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه باداء قيمة الخمر في الرواية الاخرى فقوله سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض واما ثانيا فلان صاحب غاية البيان من الشراح جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وابو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا ادى ايهما كان انتهى واشار الى ذلك صاحب العناية بقوله واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه ان اراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد (وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب) قوله وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او اخراج في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فتفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه اما الاول فلان الظاهر ان كلمة هذا في قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه والمعنى وهذا اي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كيلا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة اصلا وترشد اليه هي تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا والمولى ما رضي بالنقصان عنه انتهى واما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحمل كلام المصنف لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان

مع انه مطلب مقصود بالبيان والبيان عن الكتابة خاليا عن التعليل والبيان عن المسمى خاليا عن التعليل
هو النقصان عن القيمة فيلزم ان يكون قوله فيما قبل ولا تنقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان
ههنا كما لا يخفى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان عن المسمى
عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت بجواز ان تكون القيمة اكثر من المسمى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى
القيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة فيرد عليه ان يقال ان عدم رضاه
بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى لعل الشارح المسطور انما اغتر
بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة الى آخره اي على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك كما لا يخفى
واما الثاني اي انه غير تام في نفسه فلان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة ممنوع كيف وتخصيص المولى على قدر معين من المسمى
دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة ام لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة
اذا كان البدل المسمى فيها اقل من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة ايضا
على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله ان المولى ما رضي بالنقصان النقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تامل تقف ثم قال صاحب
العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا
بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان
الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له راسا لا البطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما يقتضيه
عبارة المصنف وهي قوله كيلا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر ان بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به اولا وموردا ما قيل انما هو
قول المصنف كيلا يبطل حقه في العتق اصلا كما صرح به في النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك بما عيّنا الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد
واجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كيلا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق
باداء الخمر وانه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا يحتمل ان القاضي يرى صحته وهي عن ابي حنيفة انه اذا كاتبه على
الخمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان يقتضي
هذا الجواب ان يكون قوله كيلا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة والمذكور في الكتاب
خلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذاك الجواب واما ثانيا فلان ذلك على تقدير تمامه انما يتمشى في صورة ان لم يقل المولى
للمكاتب على الخمر ان اديتها فانت حر واما في صورة ان قال له ذلك فلا رواية لعدم العتق عند اداء الخمر في هذه الصورة فلا رأي للقاضي
فيها مع ان ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف ههنا
حيث قالا ثم قوله كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يحتمل ان يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى
وان بطل حقه لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان حقه نفعا له انتهى اقول ليس ذلك بسديد لان تحمل
الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار
الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا لمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على ان يستعمله كيف يشاء فيحصل به اكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضى
العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع اصلا ثم قالا والاولى في تعليل ذلك ان يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة
الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره ورضي
ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة انتهى اقول وهو ايضا ليس بسديد لان في التعليل بما ذكراه



مصادرة على المطلوب فانا بصدد ان نثبت بدليل ان موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد
رضي بذلك الزيادة فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتني على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة
قطعا ثم اقول بقي شيء في كلام المصنف وهو ان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان الى آخره دليل شاف مفيد لتمام المدعى وهو ان لا ينقص
القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا ان قوله لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد بل هو مستدرك لانه صار
مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع و
ليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على ان لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة وكان الاولى طرحه من البين كما في
الكافي (لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته وكذلك ان كاتبه
على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهي
لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدرهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رح رواه الحسن رض انه يجوز حتى
اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين في
المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح
لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح
انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في
الكتاب والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود لانها تنعقد للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان
البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه
وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين ففي رواية عن ابي حنيفة
رواه ابو يوسف رح انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق
بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رح وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا
فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف
ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى اليه عبدا بغير
عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب
وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف
الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود) قوله لانه لا يوقف فيه الخ قال صاحب العناية ولتقريره
ان الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا والاطلاع على
ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه
اقول فيه كلام اما اولا فلانه ان اراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فردا مبهما من الثوب فلا نسلم انه ليس بموجود في الخارج
اذ الابهام انما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شيء يجزم بوجوده في الخارج وان لم يتعين خصوصيته عندنا وان اراد بذلك مفهومه
الكلي فنسلم انه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين ان يكون المتعين مرادا لجواز ان يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان
بطلان هذا الاحتمال ايضا واما ثانيا فلان لمانع ان يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المتقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء

على تقرير صحة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وبتعذر الاطلاع على ذلك [illegible] ان الامر كذلك
في صورة الكتابة على القيمة ايضا الا يرى الى قول المصنف فيهما واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار
كما اذا كانت على ثوب او دابة انتهى فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة حين تعين [illegible] قال (ولهما انه
لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة
جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة) قوله ولهما انه لا يستثنى العبد الخ يعني انهما يسلمان الاصل المذكور
ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح
استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في اول الفصل فكذلك لا يصلح ان يقع
مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي اقول يرد على هذا التعليل انه يقتضي ان لا يصح الكتابة فيما اذا شرط ان يرد المولى عليه
عبدا معينا ايضا لجريانه فيها ايضا بعينه فان قيمة العبد المعين ايضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في اول الفصل و
عدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم ايضا ظاهر مع انهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط ان عليه عبدا معينا
والعجب من صاحب الدرر والغرر انه علل هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي واورد عليه النقض بما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وجعل
الوجه المذكور في الكتاب وهو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء
الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه
انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو ان بدل الكتابة
ما في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة
لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل الكتابة انتهى ولا يخفى على ذي فطانة انه لا فرق بين الوجه
الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه وتصويب
الثاني ليس بمعقول المعنى (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان
يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة و
مثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة
فاشبه البيع) قوله اما اذا لم يبين الجنس الخ قال في العناية واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما
اذا كانت على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ
ان شمل اجناسا عالية كالدابة شاملا ومتوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا
سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى اقول ليس السؤال بشيء ولا الجواب
اما الاول فلانا لا نسلم ان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبده وقوله لان المصنف ذكر في كتاب
الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع
آخر ان العبد يتناول اجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل انواعا وان ما يشمل انواعا لا يصح التوكيل بشرائه
الا ببيان الثمن او النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان
بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان



بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع
كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا انتهى فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام ان العبد يتناول اجناسا حتى يجعله مدار
الاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من امثال هؤلاء الفحول واما
الثاني فلان الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الاجناس الذي هو من اصول اهل المعقول دون اصطلاحات اهل الفقه بمعزل
عما يفهم من كلام المصنف في المقامين اي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه اما هناك فلما عرفت آنفا واما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده اي الجواب
المزبور لزمه ان يقيد الجنس في قوله ومعناه ان يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك
الجواب فلا بد من البيان (ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والخلع والجامع انه يبتني
على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما
والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها
وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم
اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف
واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا واذا قبضها عتق لان
في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا
كان العبد مسلما حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم
قوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا ان هذا يعني ما قاله الشافعي قياس فاسد لان قياس الكتابة
على البيع اما ان يكون من حيث ابتداؤها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في
مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح
في الانتهاء في ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار انتهى
كلامه اقول فيه نظر اما الاول فلانه جعل المصنف فاشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني فقط حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس بتام
لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله واما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال
فغير ظاهر ومالم يقل به احد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المصنف فاشبه النكاح لان منافع البضع
مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى وكان حق المقام ان يجعل قوله فاشبه النكاح متفرعا على الشق الاول فقط او على مجموع الشقين
واما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا ايضا
بتام لان مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع
ايضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص ما بينهما المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة
على البيع كما هو المطلوب على ما هو افصح عنه قول الشارح المزبور ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء
او من حيث الانتهاء الى آخره فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط

## باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

الظاهر ان اقتصار المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما

لا يجوز للمكاتب ان يفعله كما يرى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يذهب على من له ادنى مسكة سماجة التعليل بقوله لما فان جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي تاخير هذا الباب عن احكام الكتابة الفاسدة بل تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله انتهى اقول هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسفوران لكن فيه ايضا سماجة فان جعل قوله وان لا يفعله في خبر يجوز وعطفه على ان لا يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز ان يفعله المكاتب وما يجوز ان لا يفعله ولا شك ان الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما يجوز ان يفعله المكاتب وما لا يجوز ان يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز ان لا يفعله فان جواز ان لا يفعل شيئا لا ينافي جواز ان يفعله ايضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا (قال ويجوز للمكاتب

البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى) قوله

ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر الخ قال صاحب العناية قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك بيانه ثمه انتهى اقول لا يخفى عليك ان ما يصلح ان يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فمجرد قصد الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتي البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان ما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدوري ههنا انتهى اقول وهذا الذي ذكره هنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بفاء التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكره هنا بالواو بدل الفاء وباظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل كلاميهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر ايضا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك ان حاصل معناه متحد بما ذكره هنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها في اوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا انه لم يذكر في البداية ثمه قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا انتهى فتبصر (قال فان شرط عليه

ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة) قوله

وصح العقد الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص الفك والحرية فليتامل نعم ان مراده بما يقابله هو المكاتب الا ان هذا الشرط يختص به ايضا كما سيجيء بعد اسطر انتهى اقول ليس ذاك بشيء لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشيء قد يكون بامر خارج عنه



كما اذا عرفت الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك تخصيص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك ايضا اذ لا ريب ان المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه اصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة وفيما يقابله اذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما عليه (وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل)

قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع الخ اقول لقائل ان يقول قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف ان ائمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها وردوا على الشافعي ره قوله بمشابهة البيع فكيف لم يهملوا العمل ههنا بشبهه بالبيع ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان العمل بالشبهين متعذر فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا بناء في العمل باحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في تلك المسئلة المارة فتامل (ولنقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يتزوج الا باذن المولى)

قوله ولنقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق الى آخره قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق كان اولى انتهى اقول كل من شقي كلامه منظور فيه اما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى ان لا يكون الشرط المذكور مفسدا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق واما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق وكان قوله في جانب العبد عتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان لا يفسد الكتابة ايضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك انه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد او نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى اقول كل من وجهي دفعه غير سالم اما وجه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد ايضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول واما وجه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط ايضا (لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض

لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يملك به المهر فدخل تحت العقد وكذلك ان كاتب
عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رح لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال
وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك
الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف
الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع
ملك ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد
اذا اشترى شيئا يثبت الملك للمولى فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل
معتقا والولاء لا ينتقل من المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت
الولاء وهو الاصل فيثبت له) قوله لان الكتابة فك الحجر الخ قال بعض الفضلاء تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة
نفسها وقال ولا يخفى انه لا يمكن انتهى اقول بل يمكن تعميمه له اذ الظاهر ان مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تملك
المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود بالكتابة وماخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سياتي في تعليل مسئلة جواز
تزويج المكاتب امته بقوله لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب
امته فرقا كما صرحوا به في اثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب امته فيما سياتي وقد اوضحه صاحب النهاية حيث سال ههناك بان المكاتب لما ملك
تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها ينبغي ان تملك المكاتبة لانها تكتسب به المهر ويسقط نفقتها
عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط ان المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى واجاب
بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعلة فان مقصودها من تزويج نفسها شئ آخر سوى المال فلذلك لم يكن
هذا العقد بما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك
الجواب ان الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ايضا كما لا يخفى تامل تقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب
الكافي بعد قول المصنف والتزويج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب وان التزام المهر و
النفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم الدليل الاظهر الخالي
عن شائبة توهم الاختصاص بالذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب
يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد احدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في الذكر
ولكن بدلالته يعم المؤنث ايضا لا محالة (قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء
ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه
الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر
والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر) قوله وان اعتق عبده على مال الخ قال صاحب العناية في
حل هذا المحل قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من
ذلك فلا يملكه انتهى اقول فداخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من
ضروراتها



ضروراتها مع انه يملك ايضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج امته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب اعم من التجارة
كما سيجئ فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج امته من ضرورات التجارة
وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله او من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها ايضا لان الماذون له يملك التجارة اجماعا
ولا يملك تزويج امته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سياتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان
ذلك من ضروراتها لملكها الماذون له ايضا اجماعا فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح المزبور الا بان يحمل لفظ التجارة في كلامه مجازا
عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان
الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية) قوله وكذلك الاب
والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب الخ يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق
الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج امة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه
صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل ان يقول الاعتاق على مال انفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا
بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا انتهى اقول لا يمر في هذا الكتاب
في كتابة ولا في شئ من العتق انفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة انفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد
وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله ايضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس
كما مر آنفا فلم يكن انفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا (قال فاما الماذون
له فلا يجوز له شئ من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض
والشريك شركة عنان) قوله فاما الماذون له الخ اقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شئ
من ذلك ما ذكر قبيل هذه المسئلة من قوله وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز فمع كون كلمة اما في قوله اما الماذون
له فلا يجوز له شئ من ذلك مما يا باه اذ حكم ما ذكر قبيله ايضا عدم الجواز ينافيه قوله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته فان تزويجه الامة ليس
بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف ابي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في
هذا الباب فيتجه عليه انه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للماذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان
قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت في اول هذا الباب تمهيد القول
فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة الى آخره كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز
السفر دون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عذرا الا هناك ولا هنا واعلم ان صاحب الوقاية
ذكر في هذا الباب اولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح امته وكتابة عبده وثانيا
ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشئ من
ذا لا يصح من ماذون ومضارب وشريك تفطن شارحا صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على
المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الى آخره لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي
البيع والشراء من المثبتات واما في هذا الكتاب فلا يتيسر ذلك التوجيه اما اولا فلان المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت
كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا يفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ واما ثانيا فلان قوله وقال

ابو يوسف له ان تزوج امته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب وانا اتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض احد منهم ههنا لا لتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) قوله هو قاسه اى ابو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان تزوج امته فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له ان يوجر عبده وامته فكذلك يجوز له ان يزوج امته كذا في الشروح اقول في كل من قياسه واعتباره نظر اما في الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب يجوز له ان يكاتب عبده فينبغي ان يجوز للمأذون له ايضا ان يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق واما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له يقتضي جوازه له ايضا لزم ان لا يجوز تزويج عبده ايضا كما يجوز اجارة عبده وامته على ما نصوا عليه لانه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا وان استعمل لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية الا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك اليق انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانه ان اراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرفات ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي اطلق في الآخر ايضا فليس كذلك ايضا الا يرى انه يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق بعض من التصرفات في الجملة فبهذا القدر لا تتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن الظهور واما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على ان يكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الآخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته انتهى اقول هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه جعله دليلا على المسألة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان اراد به انه لا يكون بين نفس العينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان اراد به انه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية ايضا ساقطا لان لفظ القياس اكثر واشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في اصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية اولى من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان رأي صاحب العناية ههنا ان يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قيل نقل ما في النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اقول ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان اراد انهما مترادفان في عرف الفقهاء والمصنفين فله وجه فليتتبع (ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب



وهذا اكتساب) قوله ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة الخ اقول كان الظاهر ان يقال ان المأذون له لا يملك الا التجارة بالقصر حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية وهي قوله وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة ان لا يملك المأذون له تزويج الامة فان مجرد ان يملك التجارة لا ينافي ان يملك غيرها ايضا فلا يلزم من ان لا يكون تزويج الامة تجارة ان لا يملكه المأذون له فلا يتم التقريب (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد) قوله ولانه مبادلة المال الخ اقول يرد على قوله اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال انه يلزم حينئذ ان ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه واورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل انتهى اقول يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم اورد عاية الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال انتهى بان مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان احد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا ان المنفعة في الاجارة في حكم المال انتهى ثم اقول ويمكن ان يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق الى الكامل فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان احد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذكر التعليل لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم انتهى وكذا قال صاحب الغاية ايضا غير انه لم يذكر انتهى وفي قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله اقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا انتهى فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على اصلنا كما سيأتي في باب النكاح فتامل

**فصل** لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لان التبع يتلو الاصل (قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا) قوله واذا اشترى ام ولده الخ هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولده وقال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب القنة

اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه ثم ملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق اقول في عبارته خلل لان القنه بالتاء في وصف المرأة يخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمونث حتى قال صاحب المغرب والامة قنة فلم نسمعه انتهى (واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح) قوله واما امتناع بيعها الخ قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وههنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي ان لا يثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة احكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا يصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها انتهى اقول فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي ان لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضي ان لا تصير مكاتبة اصالة الا يرى ان المكاتب اذا اشترى اباه دخل ابوه في كتابته ويصير مكاتبا تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هناك ايضا قطعا فالصواب في الجواب عن السوال الثاني ان يقال انما لا تصير مكاتبة تبعا لولده تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية الا يرى انها لا تصير حرة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق موجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فلذا لا تصير مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض احكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السوال الاول بخلاف الاب اذا ملكه ولده فانه يدخل في يمين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية او حقها تحقيقا للصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد ايضا قلت ورد على المكاتب والولد جزءه فيكون واردا عليه بخلاف الامة انتهى اقول فيه ايضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا تقتضي ان يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد ايضا والا يلزم ان يكون كتابة الولد ايضا فيما تحقق فيه اصالة لا تبعا لوالده فلا يصح قول المص اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم ايضا ان لا يثبت فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا كان ولدها معها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تفقه (وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولدت ولدا من امته له حق في كتابة لما بينا في المشتري فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها موكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد) قوله وله ان القياس ان يجوز بيعها الخ قال صاحب العناية فلقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما مر في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس تحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد الى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر اطلاقه يتناول الصورتين معا فقوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان اراد ان الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان اراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يودي الى المصادرة اذ هو اول المسئلة فان الامامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوزا بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل ملكها بناء على انها ام ولده وان لم يكن ولدها قط على ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على قول اصحابنا جميعا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند احد من الفقهاء



الا يرى ان الحر اذا استولد امة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المذكور بعينه مع ان الولد هناك ليس بمملوك للاب ملك اليمين بلا ريب وان اراد بذلك ملك التصرف في امره بالولاية عليه فهو ايضا ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند اصحابنا فان من استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له عند اصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع ان التصرف في امر ذلك الولد والولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد لا لابيه فظهر ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال (قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتهما وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ولدا ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رض وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة تاخره وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به وان وطى المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يوخذ به في الكتابة وان وطيها على وجه النكاح لم يوخذ به حتى يعتق وكذلك الماذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطيها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد الماذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى) قوله ومن زوج امته من عبده الخ وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكان كسبه لها اي في الدخول تبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة فالوجه الاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تامل اذ لا يجوز ان يقال فائدته ان يعتق بعتقها سواء كسب ام لا بان لم تبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان المراد ان فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم يتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة ابيه وكان القول بدخوله في كتابة امه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد بعتق امه انما يكون فائدة للولد نفسه لا المدخول فيه والكلام في الثاني ولئن سلم تعميم الفائدة او جعل فائدة الولد نفسه لا الدخول فيه او جعل فائدة الولد فائدة لامه ايضا فذلك له فائدة ايضا انما تحقق بالنظر الى دخوله في كتابة امه فقط فلا ينافي كون الاول هو الوجه بل يويده واما حديث ان لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد لفائدة الدخول ما يصلح ان يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

## فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا في الشروح (قال واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر

من مولیها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمناثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة
وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا
فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطيها عليه فلو لم يدع وماتت من
غير وفاء يسعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد
اذ هو ولدها فيتبعها) قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة الخ قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان
لا يسقط لان الاكتساب تسلم لها وكذا الاولاد التي اشتراها بعد الكتابة وهذه آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر اليه لا يسقط
البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد
بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد
اقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب اقول في الجواب نظر اما اولا فلانه قد تقرر فيما مر ان العمل بالشبهين
انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة يستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا يستلزم
سقوطه وبما اي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة تنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا
يمكن اجتماعهما كذلك واما ثانيا فلان العمل بالشبهين لو تصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط
لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا
بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط ثم اقول الحق في الجواب عن
ذلك السؤال ما اشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل
وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تامل (قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز
لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات
المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل
العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير
فائدة) قوله واذا كاتب المولى ام ولده الخ قال صاحب العناية لا يقال احدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق
الواحد لا يثبت بهما وكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق
الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بان قال ان اراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة يسلم لها الاكساب بخلاف
العتق بامومية الولد وان اراد النوعية فلا تنافي انتهى اقول وهو مردود بشقيه اما شقه الاول فلان صاحب العناية ان اراد
بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم
ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بامومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما
وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم امر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند
بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الى آخره لا يصلح ان يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه واما شقه الثاني
فلانه ان اراد بقوله فلا تنافي في قوله وان اراد النوعية فلا تنافي انه لا ينافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة
يستلزم سلامة الاسباب لها بخلاف العتق بامومية الولد فانى يجتمعان معا وان اراد بذلك انه لا تنافي بينهما من حيث التلقي



على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (غير انه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت
في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت
المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما
الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع
مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى في الاقل منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل
من ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد رح في
نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق والاعتاق عنده لما تجزي بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا
حرية ببدلين معجلة بالتدبير وموجلة بالكتابة فتخير) قوله غير انه تسلم لها الخ قال صاحب غاية البيان ولقائل ان يقول
النظر لها في ايفار حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا في ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكانا
فيه ولم يعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي ان يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة
انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وانت خبير انه ليس فيه ابطال حق الغير فانها عتقت وهي
مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل انتهى اقول ليس هذا بدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة في اكسابهما
انما هو يد لا رقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيهما وانما رقبة اكسابهما ملك مولاهما كرقبة انفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا
كله مما سبق ومما يأتي فقوله وملكها يمنع ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها يد لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة فلا يندفع
الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب الغاية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة
الى ذكر الاولاد بالتعليل المزبور الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم
ولد ام الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة انتهى كلامه اقول هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور
هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة امها من غير مولى وقد اشتراها امها حال الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في
قول المصنف تسلم لها الاولاد والاكساب بقوله اي الاولاد التي اشتراها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها
انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة امثال تلك الاولاد بها اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة
ايضا في حق امثالهم لكانوا ارقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام و
لقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان
عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل لانتهائه بايفائه وبالاول
يعود رقيقا فاولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده ويخلص له ما بقي من اكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب
وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان كونه الكتابة عقدا واحدا لا
ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض امورا منها
وحدة الجهة وههنا لم يتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب
كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فلا محذور اصلا واما الثاني
فلوجوه احدها ان انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعله احد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل ثانيها

ان المکاتبة فی مسئلتنا هذه ممن لم یقع منه ایفاء البدل فکیف یحمل بطلان الکتابة فی حقها علی الایفاء واعتبار غیر الواقع واقعا
لمجرد التطرق لها مما لا نظیر له فی قواعد الشرع وثانیهما ان قول المص لان الکتابة انفسخت فی حق البدل وبقیت فی حق الاکساب والاولاد
ینافی المعنی الذی عده الشارح المزبور تحقیق کلامه لانه علی تقدیر ان یحمل المقام علی انتهاء الکتابة بایفاء تمام البدل یصیر الکتابة
فی حق البدل وفی حق الاکساب والاولاد علی السواء کما هو الحال عند ایفاء البدل حقیقة فلا یکون لاعتبار انفساخ الکتابة
فی حق البدل وبقائها فی حق الاکساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الکتابة ههنا علی المعنی الثانی الذی تخیله هذا
الشارح لا یدفع اصل السوال لان البطلان علی ای معنی کان وعدمه فی حالة واحدة تتنافیان قطعا اذا کانا من جهة واحدة
وان صیر الی اختلاف الجهتین لا یبقی احتیاج الی مقدمة من مقدمات الجواب المذکور اصلا ثم قال صاحب العنایة لا یقال
فی کلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غیر فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا یعلل بعلتین
مختلفتین لان الکتابة جهة هی للمکاتب وجهة هی علیه وعلل الثانیة بالاولی والاولی بالثانیة فتامل فلعله سدید الی ههنا کلامه اقول
هذا السوال ایضا لیس بشیء وجوابه لیس بسدید اما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا یعلل بعلتین مستقلتین علی سبیل
الاجتماع واما علی سبیل البدل فیعلل بهما قطعا علی ما تبین فی موضعه والامر فیما نحن فیه وفی سائر المسائل التی یذکر لها دلیلان
او ادلة کذلک فان المقصود فی امثال ذلک التنبیه علی ان کل واحد من الدلیلین او الادلة مما یصح ان یعلل به المطلوب بدلا
عن الآخر واما الثانی فلان کون المعلل بالعلة الاولی الجهة التی هی علی المکاتب ممنوع لان تلک الجهة ان تلزمه ایفاء البدل
وقوله لامتناع ایفائها من غیر فائدة لا یدل علی ذلک بل یدل علی خلافه لان عدم الفائدة لسقوط بدل الکتابة عنها واذا سقط
عنها البدل لا یلزمها ایفاؤه قطعا فلم یکن ما ذکره من توزیع التعلیلین علی ما لها وما علیها سدیدا کما لا یخفی قوله صلے عنده لما تجزی
بقی الثلثان رقیقا وقد تلقاها جهتا حریة ببدلین معجل بالتدبیر وموجل بالکتابة فتخیر لان فی التخییر فائدة وان کان جنس المال
متحدا لجواز ان یکون اداء اکثر المالین ایسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لکونه حالا فکان التخییر مفیدا کذا فی عامة الشروح
وعزاه معراج الدرایة الی مبسوط فخر الاسلام اقول فیه شیء وهو ان الفائدة المذکورة انما تتصور فی صورة ان کان البدل
المعجل بالتدبیر اقل من البدل الموجل بالکتابة واما فی العکس فلا اذ لا شک ان اداء الاقل الموجل ایسر من کل وجه من اداء
الاکثر المعجل فلا فائدة فی التخییر فی هذه الصورة اصلا لتعین اختیاره الاقل لا محالة کما قال صاحباه مع ان الحکم بالخیار تعم الصورتین
عنده کما هو الظاهر من اطلاق المسئلة فی الکتب باسرها (وعندهما لما عتق کلها بعتق بعضها فهی حرة ووجب
علیها احد المالین فتختار الاقل لا محالة فلا معنی للتخییر واما المقدار فلمحمد رح انه قابل البدل بالکل وقد سلم لها الثلث
بالتدبیر فمن المحال ان یجب البدل بمقابلته الا تری انه لو سلم لها الکل بان خرجت من الثلث یسقط کل
بدل الکتابة فههنا یسقط الثلث فصار کما اذا تاخر التدبیر عن الکتابة ولهما ان جمیع البدل مقابل بثلثی رقبتها
فلا یسقط منه شیء وهذا لان البدل وان قوبل بالکل صورة وصیغة لکنه مقید بما ذکرنا معنے وارادة لانها استحقت
حریة الثلث ظاهرا) قوله وعندهما لما عتق کلها الخ واعترض علیه بان الاعتاق لما لم یتجز عندهما عتق کلها بالتدبیر لعتق بعضها
وانفسخت الکتابة فوجب السعایة فی ثلثی قیمتها لا غیر فاجیب بانا قد حکمنا بصحة الکتابة نظرا لها فنبقیها لذلک فلو جاز ان یکون بدلها
اقل فیحصل النظر بوجوبه کذا فی العنایة اخذا من شرح تاج الشریعة اقول فی الجواب اشکال لان القول بایفاء الکتابة فیما بعد
ان عتق کلها بالتدبیر ینافی قول المصنف وعندهما لما عتق کلها بعتق بعضها فهی حرة اذ الظاهر ان الحریة والکتابة لا یجتمعان ٢٠



فی شخص واحد فی حالة واحدة فانی یتصور ایفاء الکتابة فیما بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حکم الکتابة لا ابقاء حقیقتها و
المنافی للحریة هو الثانی دون الاول قلت لو بقی حکم الکتابة لبقی تاجیلها لانه من خصائصها ولهذا قال فی الکافی فی تقریر دلیل الامامین هنا و
عندهما کما عتق کله یعتق ثلثه لان الاعتاق لا یتجزی عندهما بطلت الکتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الکتابة وبقی اصل المال علیه غیر
موجل الی غیره ولو بقی تاجیلها لزم ان لا یتم قولهما فتختار الاقل لا محالة فلا معنی للتخییر لجواز ان تختار الاکثر الموجل لکون ادائه ایسر من اداء
الاقل المعجل کما مر فی بیان دلیل ابی حنیفة فیکون هنا معنی للتخییر فلا ینقطع مادة الاشکال (والظاهر ان الانسان لا یلتزم المال
بمقابلة ما یستحق حریته وصار هذا کما اذا طلق امراته ثنتین ثم طلقها ثلثا علی الف کان جمیع الالف بمقابلة الواحدة الباقیة
لدلالة الارادة کذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الکتابة وهی المسئلة التی تلیه لان البدل مقابل بالکل اذ لا استحقاق عنده

فی شیء فافترقا وان دبر مکاتبته صح التدبیر لما بینا ولها الخیار ان شاءت مضت علی الکتابة وان شاءت عجزت
نفسها وصارت مدبرة لان الکتابة لیست بلازمة فی جانب المملوک فان مضت علی کتابتها فمات المولی ولا
مال له غیرها فهی بالخیار ان شاءت سعت فی ثلثی مال الکتابة او ثلثی قیمتها عند ابی حنیفة رح وقالا تسعی فی الاقل
منهما فالخلاف فی هذا الفصل فی الخیار بناء علی ما ذکرنا اما المقدار فمتفق علیه ووجهه ما بینا واذا اعتق المولی مکاتبه عتق
باعتاقه لقیام ملکه فیه وسقط بدل الکتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا یلزمه والکتابة وان کانت
لازمة فی جانب المولی ولکنها تفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه توسلا الی عتقه بغیر بدل مع سلامة الاکساب له لان
تنفسخ الکتابة فی حقه) قوله والظاهر ان الانسان الخ اقول لمانع ان یمنع هذه المقدمة فانه لا یلزم من مجرد استحقاق الحریة حقیقة الحریة
والثابت فی المدبرة فی الحال مجرد استحقاق الحریة دون حقیقتها فجاز ان یحتاج الی استفادة حقیقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها الا تری
انه یجوز للمولی ان یکاتب ام ولده بالاجماع مع استحقاقها حریة الکل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جمیع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال
من ام الولد بمقابلة ما یستحق حریته کلا للاحتیاج الی استفادة الحریة قبل موت المولی کما مر فلان جاز ذلک من المدبرة بمقابلة ما یستحق حریته
بعضا لتلک العلة بعینها اولی کما لا یخفی فلیتامل واستشکل بعض الفضلاء هذا التعلیل بوجه آخر حیث قال لا یتمشی علی اصل ابی یوسف
فانه استحق حریة الکل عنده لعدم تجزی الاعتاق انتهی اقول ذلک ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة یستحقان بالتدبیر حریة
الکل عنده بل الظاهر انهما یستحقان به حریة الثلث عندهم جمیعا ولهذا یعتقان عند موت المولی من ثلث ماله ویسعیان فی ثلثیهما
اذا لم یکن له مال غیرهما بالاجماع وثبوت عتق الکل بعتق البعض عند موت المولی علی اصل الامامین وهو عدم تجزی الاعتاق
لا ینافی استحقاق حریة الثلث بنفس التدبیر عندهما ایضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبیر حریة الکل عندهما فالمراد
بقوله لانها استحقت حریة الثلث ظاهرا هو انها استحقتها مجانا من غیر ان یلزمها سعایة فی ذلک الثلث کما یلزمها فی الثلثین الآخرین
وبقوله والظاهر ان الانسان لا یلتزم المال بمقابلة ما یستحق حریته هو ان الانسان لا یلتزم المال بمقابلة ما یستحق حریته
مجانا بخلاف ما لا یستحق حریته او یستحقها ولکن یلزمه اداء مال السعایة فانه یجوز ان یستلزم المال بمقابلته ولا یخفی ان هذا المعنی
یتمشی علی اصل ابی حنیفة واصل ابی یوسف ایضا تفکر تفهم (قال وان کاتبه علی الف درهم الی سنة فصالحه علی خمسمائة
معجلة فهو جائز استحسانا وفی القیاس لا یجوز لانه اعتیاض عن الاجل وهو لیس بمال والدین مال فکان ربوا
ولهذا لا یجوز مثله فی الحر ومکاتب الغیر) قوله وفی القیاس لا یجوز الخ قال صاحب العنایة فی شرح هذا المحل والقیاس ان لا یجوز
لان هذا الصلح اعتیاض عما لیس بمال بما هو مال لان الاجل لیس بمال والدین مال وذلک فی عقد المعاوضة لا یجوز وعقد

الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الالف وذلك ربوا انتهى وقال بعض الفضلاء اشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا ان يقال ذلك على خلاف القياس بالنص انتهى اقول ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا اخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة انتهى ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق به والمعجل لم يكن مستحقا انتهى وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم يجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة انتهى اقول ليس هذا بسديد لان المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط ايضا هو المؤجل وليس هناك شرط شئ معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق اصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست مستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان اظهر لان تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مسمى بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة اخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز انتهى (ووجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة وان كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها فصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة يقال له اد ثلثي القيمة حالا او ترد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما) قوله ووجه الاستحسان الخ قال بعض العلماء فيه مناقشة ظاهرة قد سبق ان الاستقراض جائز وبذلك لا اعتبار

صح



صح الكتابة الحالة فليتأمل انتهى اقول هذه المناقشة انما تظهر ان لو ارادوا بنفي القدرة على الاداء الا به نفي القدرة الممكنة وهي ادنى ما يتمكن به من الاداء واما اذا ارادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور ان اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج من يد المولى مفلسا فيمتنع الناس غالبا عن اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان امكن في الجملة على ان المصنف واضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان معنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحالة يرد الى الرق انتهى فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك لا اعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر

## باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء انما يكون لنفسه (قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا) ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه ووجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شئ واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصيلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشئ لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصيلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي) قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي الخ يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اولى لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح

قال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك اقول ولعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشائخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وارى انه الحق انتهى وانا اقول ارى ان الحق خلافه وهو ان يكون ثبوت الجواز ههنا ايضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى ان ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان اراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس بتام لان تبعية الولد للام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من احاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك ان وضع مسئلتنا هذه في الكتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة واما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى ايضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى انتهى مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان اراد بوجه القياس هنا ثبوت ولاية المكاتبة على اولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح اذ قد صرحوا قاطبة بان الام الحرة لا ولاية لها على اولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد فربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يعلم تساوي العبد والامة في حكم هذه المسئلة

## باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال اكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد اقول الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتمشى في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول ابي حنيفة رح بخلاف الوجه الاول تامل تقف (قال واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتبت وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقال هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما) قوله واذا كان العبد بين رجلين الخ قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي اولى انتهى اقول وجه الاولوية ان حكم هذه المسئلة يعم ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامراة وبين امراتين ولفظ شريكين ينتظم الكل اما بجعل الشريك فعيلا بمعنى المفعول من شركه في كذا فان كلا من المتشاركين في امر شارك فيه ومشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث او بصيرورة لفظ الشريك من اعداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما اخذ بنسخة بين شريكين حيث قال واذا كان العبد بين شريكين فسر لبعض الفضلاء قوله شريكين بين رجلين حيث قال اي بين رجلين اقول هذا امر عجيب اولا شك ان حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحتمل العموم لا رجلين وغيرهما مما لا وجه له ههنا اصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه فكيف بالعكس (واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطيها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت في



ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولو ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه جارية مشتركة) قوله واصله ان الكتابة تتجزى الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه انتهى كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة اي على مذهبهما انتهى اقول هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعا الا يرى الى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز انتهى ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتمام قال وكان المصنف مال الى قولهما حيث آخره انتهى وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه يابى عنه ترجيح قول ابي حنيفة في كتاب العتاق انتهى اقول الذي مر في كتاب الاعتاق مسئلة الاعتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام الترجيح قول ابي حنيفة في مسئلة الاعتاق ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة احد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه فمن اين يثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل في كلتا المسئلتين هو التجزي وعدمه فترجيح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تاخير دليله في البيان وقد عكس الامر ههنا وقد فهم منه ترجيح قولهما لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو المخلص في امثال هذا فلا محذور تدبر (ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور كانه حين وطيها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطي ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايها دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ) قوله ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد الخ قيل ينبغي ان لا يضمن شريكه قيمة الولد عند ابي حنيفة رح لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها واجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ اقول يعني ان هذا الجواب ليس بشئ لان ما ذكره المصنف فيما سياتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة رحمه الله ينادي في هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن ابي حنيفة رح في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة انتهى وقال بعض المشائخ هذا مخالف لما اسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من ان الروايتين في حق المدبر واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها انتهى اقول لا ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما اسلفه هناك تبعا لصاحب العناية في باب البيع الفاسد لانه وان اسلفه هناك تبعا لصاحب النهاية الا ان المص صرح هناك بتحقق الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في تقوم ام الولد ايضا حيث قال وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان

عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والمجيب بهذا الجواب في الناسف انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما
لم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن ابي حنيفة رح في حق ام الولد واما صاحب العناية فليس يجيب بهذا الجواب
من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك (وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذا المشتري
لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة
غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها
مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل
وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي العناية
في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت
وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصها على ما بينا) قوله وبخلاف بيع المكاتب هذا جواب عما يقال لما قلتم بفسخ الكتابة فيما يتضمن
تصحيح البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة تصحيحا للاستيلاد وجه الجواب ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى
ببقائه مكاتبا ولو ابطلنا لا يتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه هذا
عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بان قيل فلم لم ان صاحب العناية بعد ان ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا قيل
قال ويجوز ان يكون بيانا لقوله ويبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى
اقول لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب
عند هي عن قياس ابي حنيفة نقل الكتابة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها وجهه ان في النقل لا تنفسخ الكتابة
مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه اقول انت خبير بان القياس الذي ذكره لم يقع من ابي حنيفة قط فكيف يكون الجواب
هذا جوابا عن ذلك (قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن
نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء
فللتردد بينهما يجب اقلهما وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما
فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رح فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطئ فتبين انه
مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر وهي ام ولد للاول لانه تملك
نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك
نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح) قوله ويضمن الاول الخ قوله فللتردد بينهما
يجب اقلهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق
لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل
من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل
على اعتبار الاداء فليتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها
احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه



الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى
قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف
ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية اقول هذا شرح فاسد وتحرير مختل اما اولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان
عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف رح موسرا كان او معسرا
خبط فاحش اذ قد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتي بعد نصف صفحة بان قال ابي يوسف في تلك المسئلة ان يضمن
الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا بناء على انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول ابي يوسف في تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار
والاعسار اذ لا يشتبه على احد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك اولم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح
قول المص ههنا لانه ضمان تملك فاما اذا اعتقها احدهما فلا كان هذا ضمان افساد الملك واما ثانيا فلان قوله هذا قولهما في المكاتب المشترك
اذا اعتق احدهما نصيبه يدل على ان ما ذكره فيما قبل باسره كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه مع ان ما نقله عن
صدر الاسلام فيما قبل صريح في انه في حق المكاتبة المشتركة اذا تملكها احدهما بالاستيلاد واما ثالثا فلانه صرف القياس في كلام
المصنف هذا الى قول ابي يوسف ومحمد رح معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف رح
يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل
انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سيأتي صريح في ان محمدا مع ابي يوسف هناك في ان يضمن
الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البدل فكيف يتم القياس على قول
محمد رحمه الله نعم يجوز ان يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق واحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما احدهما ما ذكره المصنف
فيما سيأتي والاخرى ما يوافقه قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاد ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتبرة كالكافي والبدائع ان
المذكور فيهما في مسئلة الاعتاق على قول محمد هي الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل
الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه بصرف القياس الذي اقحمه في لفظ الجامع الصغير الى قولهما معا ثم اقول
الوجه عندي ان يكون مراد المصنف في لفظ الجامع الصغير ههنا ان قول ابي يوسف رح فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على قياس
قوله في مسئلة الاعتاق واما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة يرشدك الى هذا المعنى قطعا اسلوب تحرير المصنف حيث
قال في قياس قول ابي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظة قياس في الاول وحذفه في الثاني تدبر ترشد (وهذا قولهم
جميعا ووجهه ما بينا قال وان كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك
عليها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل منه والجواب فيه على
الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فاما
قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل
نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى
يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق
فيختلف باليسار والاعسار قال وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي

دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له
ان يضمن المعتق ويستسعى العبد او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر
على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق
لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه
فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف
المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع وشباهه
والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل
الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما ولا كان للآخر الخيارات الثلث
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال
ابو يوسف ومحمد رح اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف
قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله
فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان
كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما) قوله وهذا قولهم جميعا الخ لان الاختلاف
مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها
قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي ان يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتامل انتهى اقول يمكن الفرق بين
وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو ان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز
وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فليتردد وبينهما يجب اقلها وهذا الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل على
اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة واما بعد زوالها فيصير ما ادته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن اداء تمام البدل
فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين في حق شريكه نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتامل

## باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تاخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان احكامها (قال واذا
عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين
او الثلثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء
فلا يزاد عليه) قوله والثلث هي المدة الخ قال صاحب الغاية والمديون بالجر عطف على كامهال اقول هذا بحسب ظاهره غير
صحيح قطعا اذ لا شك ان المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء (فان لم يكن له وجه و
طلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه
نجمان لقول علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان
حسنه مؤجله حالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدة ما توافق عليه العاقدان



ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود
المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها
لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا) قوله ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز الخ اقول فيه شيء وهو ان دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز
عن اداء اجراء النجوم التي توافقا عليه بعد ان ادى سائر النجوم باسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوى اداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند امهاله مدة نجم فيكون
اعجز عن ادائها بل يكون عليه حينئذ ان يؤدي نجما واحدا في ضعف مدته ولا ريب انه ايسر له كما قال ابو يوسف رحمه الله وقال بعض
الفضلاء فيه تامل فانه اذا كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لا يسلم هذه الشرطية انتهى اقول ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر
ان من في قوله من عجز عن اداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون اعجز عن اداء نجمين خبر ان في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى
يكون الجملة شرطية (والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رض ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها
فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى
ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض
واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب
عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف) قوله والآثار متعارضة الخ هذا جواب عن استدلال ابي يوسف
باثر علي رضي الله عنه بان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بهما اي بالآثار للتعارض
لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار الى ما بعدها من الحجة فبقي ما قالاه من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره
سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح اقول هنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على
مقتضى ما صرحوا به في كتب الاصول عند بيان انحصار الادلة الشرعية في الاربعة من ان الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس
وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا ايضا حيث قال ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس
انتهى وقد تقرر في الاصول ايضا ان القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما افصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا
وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروي عن النبي عليه السلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس انتهى فاذا
تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه
من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة لهما في اثبات ما ذهبا اليه في جواب هذه المسئلة فليتامل (قال فان مات
المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته
ويعتق اولاده وهذا قول علي رض وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا رح وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه
لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما
ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط
وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت
احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق) قوله وقال الشافعي تبطل
الكتابة الخ قال صاحب الغاية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رض واستدل
لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قوله واستدل لذلك

بالمعقول الى آخره لايطابق المشروح لدلالته على انه استدل باثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى اقول بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف ايضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رض كانه قال احدهما بقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول ايضا كما ان قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله اما في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كانه قال لاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الى آخره والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب الغاية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الى آخره بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه والفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح (بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية) قوله بل اولى لان حقه آكد من حق المولى الخ قال صاحب العناية بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضى والمانع الى آخره اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان قول المص هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية البدل كما مر جوابه والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا المنع ذلك قط ولا للبيان ان المعقود عليه ماذا فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه امر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة ادعى الى البقاء بعد ان هلك المعقود عليه فلا يفيد المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال هذا لا يخلو عن بعد قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا ان يحمل على الكلام التنزلي انتهى اقول ليس هذا بتام لان كون قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال ان يكون المكاتب مع كونه احد المتعاقدين معقودا عليه ايضا لوقوع العقد على نفسه الا يرى الى قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم ايضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل اولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزل بل لا معنى له لا يظهر ذلك كله بالتامل الصادق (فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرفت تمامه في الخلافيات وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه



في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي بدل الكتابة حالة او ترد رقيقا عند ابي حنيفة رح واما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد) قوله فينزل حيا تقديرا الخ هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من اصحابنا احدهما انه يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة في حق ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدر بالمولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته بان يستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام ثم اقول من العجائب ههنا ان صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة او في او يستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثناء تقرير تعليل ائمتنا في هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله ويستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال او يستند فقد اخطأ انتهى وفسر القائل في حاشيته صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة ان المخطي هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة او هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المنقولين في اثبات قول ائمتنا في مسئلتنا هذه فحق التعبير ان يذكر كلمة او دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المخطي انه زعم ان قول صاحب الهداية او يستند الحرية الى آخره معطوف على اول التعليل وهو قوله ولنا انه عقد معاوضة فخطأه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة او ولا ريب انه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وانه لا محذور في اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر) قوله ولا يسري حكمه عليه لانفصاله الخ قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى اقول الظاهر ان مراده بالبحث هو انه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة ابيه وقد مر في اول فصل اول من باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله انه اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وايضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده باداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه اما سقوط وجه الاول فلان دخول الولد المشترى في كتابة ابيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل بجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة بقدر الامكان كما ان الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء واما سقوط وجه الثاني فلان عتق الولد المشترى عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية ايضا بل لصيرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قال فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) قوله فان مات المكاتب وله ولد من حرة الى آخره قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما اقول

هذا الكلام لاحاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين والالم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص عليه بيان الفرق بذكرهاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين خفي فكان بيانه اهم فيهما ولهذا اخص عليه بذكرهما قلنا خفاء الفرق ايضا متحقق في كثير من المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص والضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت واحدة منها للذكر منفردة عن الاخرى ولا شك ان كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان على ان الفرق بين مفهومي هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان انفسهما مذكورتان في البداية ايضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في انفسهما ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا) قوله لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة الخ قال صاحب العناية في حل هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك بالولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه اقول وتقريره نوع اشكال على طريقة اهل المعقول فان قوله وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم بجواز ان يكون اللازم اعم من الملزوم ولا شك ان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي الام يتحقق في صورة ان يقضي بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة ان يبقى على كتابته فلا يتم التقريب ثم اقول يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة بقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية ولكن بقي ههنا شيء وهو ان لمانع ان يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على ان لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو اول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتامل (قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رض هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل المالك فلا يطيبه ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رح ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده رح) قوله وما ادى المكاتب من الصدقات الى آخره وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان



الملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت اول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان انتهى اقول ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من داب المناظرين غاية الامر ان الثاني اقوى من الاول فلا يفيد قوله اول كلامه منع مجرد واما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك ان يقال ان منع التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلته ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل اهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به وكان تبدلا انتهى ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة اقول هذا ايضا كلام لغو اذ ان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف في كون ما ادى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والصواب في الرد عليه ههنا ان يقال هذا الذي ذكره في المال عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح واورد هو النظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل الملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بان ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهو التبدل اولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا من عند نفسه وادعائه اولى من ذلك (لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقد رجع ابو يوسف رح اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد) قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة الى آخره قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو اباح الفقير للغني او الهاشمي ينبغي ان يطيب لهما عنده اذ لا اخذ منهما كما لا يخفى انتهى اقول ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث اذ لا فرق في ايراث الخبث بين اخذ من احد واخذ من آخر اذا وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان اكسابه ملك مولاه عند ابي يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة

فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالعجز ينتقل ذلك
الملك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذاك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري
فلا يعد ذلك اخذا ولو سلم ان يعد ذلك اخذا فاللازم فيما نحن فيه عند ابي يوسف اخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان
سببا للخبث انما هو اخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغني او الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه
(ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد
المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد
لانهما لا يقبلان الزوال بحال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة
سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب
انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه
لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط
عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا برئ المكاتب عن بدل
الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه
والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او اداء في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية
الورثة والله اعلم) قوله ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الخ قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال
في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رح ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضاء او القضاء فما وجه اخذه
في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي انتهى كلامه اقول فيه بحث اذ للمانع
ان يمنع ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء ايضا مع ثبوت الانتقال هناك
بالانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز ان لا يمنع ههنا ايضا كما هو مذهب زفر وقول ابي يوسف اولا فمن اين يثبت الظهور
ولو سلم ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم ان يكون قول المص ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا
بعد ان قال ان المانع قابل للزوال للتردد وكان حقه ان يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى
على ذي مسكة وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء

# كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند اداء بدل الكتابة وهو وان كان
من آثار الاعتاق ايضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء
عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول
من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل
الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر
سواء كان بالاعتاق او بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية



اقول فيه فتور اما اولا فلان الظاهر ان الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير
فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة انفسهما فكيف يحسن تسميتهما بالولاء بمعنى ماخذ اشتقاقه بها بل بما
هو خارج عنهما وهو حكمهما واما ثانيا فلان ما ذكر في المبسوط من ان المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما
لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن ان المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون امرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشئ وسيلة الى نفسه فكيف
يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد
منهما التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد
الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل انتهى اقول فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي
الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى
ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب
وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء
لحمة كلحمة النسب اي وصلة كوصلة النسب انتهى فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن
هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة
الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى وقال في التبيين هو من الولي بمعنى القرب فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق
او الموالاة ثم قال او من الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة
انتهى فقد ظهر ان قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين و
اختلال بحق البيان (الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة
كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه) قوله وسببه
العتق على ملكه في الصحيح الى آخره انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول اكثر اصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله
عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هناك فالصحيح ان سببه العتق على
ملكه الا يرى انه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه واما قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فالمراد به ان الولاء
بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زبدة ما في جملة الشروح ههنا وقال في البدائع اما سبب
ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او بما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة
والوصية او بغير صنعه بان ورث قريبه سواء اعتقه تطوعا او عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر
وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال سواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا
او يجري مجرى الصريح او كتابة او يجري مجرى الكتابة وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء
لمن اعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع اقول كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان في صورة ما
كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا يندرج تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فليتامل في الدفع
(والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم
منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف) قوله والمعنى فيهما التناصر الخ قال صاحب

العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي انتهى اقول فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب العقل والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما اطلق التناصر بل خصصه بما هو معتبر في مفهومهما الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان او شرعيا لقال ومعناهما التناصر دون ان يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دراية باساليب الكلام والحق ان مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا البيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط ايضا كذلك على ما مر تدبر ترشد (قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق) قوله واذا اعتق المولى مملوكه الخ قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم انتهى اقول لا يذهب عليك ان حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب والصواب ان وجه الاستدلال ههنا هو ان لام الجنس في قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولام الاختصاص في قوله لمن اعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن اعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلامي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه اقول في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي اصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه اصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي الا يرى ان الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب ان العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قوله ولان التناصر به فيعقله الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بولائه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء من القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام في حقه وكان احياء معنى ومن احيا غيره معنى ورثه كالولد فيصير الولاء والولاء يوجب الارث فكذلك الولاء انتهى كلامه اقول في اوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى العتق والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تامل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم وايضا قد استدل على ان من ينتصر بشخص يعقله بان الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في تعقله اي من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور اما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه واما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر هو الغنم بالغرم كما هو لفظ الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب ايضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى الشخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور اصلا لان الغانم هو المنتصر بالشخص والغارم هو ذلك الشخص





الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم الشخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس ثم اقول الصواب ان مراد المصنف رح بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله اي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل ان يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو ان الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (ولان الغنم بالغرم وكذلك المرأة تعتق لما رويناه وماتت معتق لابنة حمزة رض عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه) قوله ولان الغنم بالغرم الخ قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا اخره اقول يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه اما اولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من ان الدليل على ان يعقل العتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول واما ثانيا فلانه جعل قول المص رح فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على انا لو جعلنا قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا ان المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فادى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد احياه معنى بازالة الرق وكانه قال لانه احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سياتي وماتت معتق لابنة حمزة الى آخره معطوف على قوله لما رويناه معنى كما صرح به الشارح رح المزبور وغيره هناك ونظائر هذا اكثر من ان تحصى (واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما رويناه وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لموالي الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا) قوله واذا تزوج عبد رجل امة لآخر الخ هذا لفظ القدوري قال المصنف رح في تعليله لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما رويناه وقال الشراح انما صار الحمل معتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا انتهى اقول يرى المخالفة بين ما ذكروا ههنا وبين ما ذكره المصنف رح في كتاب العتاق فانه قال هناك وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها انتهى والظاهر منه ان يصير الحمل معتقا تبعا لا مقصودا

المقصود افليتامل في التوفيق (فان اعتق الاب جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب لان العتق
ههنا في الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب
ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب
اليه) قوله فان اعتق الاب جر الاب الخ قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب
ان لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء اولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة هي فاذا حدث من هو اولى منه
في الارث لا يبطل تعصيبه ولكن تقدم عليه انتهى وذكر في غاية البيان ايضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ ابي نصر اقول في الجواب
اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء اولى منه في الارث لزم ان يرث موالي الام عند انقطاع موالي الاب لعدم
انتقال الولاء عن مواليها الى مواليه كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن و
الاب ولم يره واحد ان يرث موالي الام بالولاء في حال بعد ان انتقل عنهم الولاء بالجر (بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة
عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت والطلاق حيث يكون الولد مولى
لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق
الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي
الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا
عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى
نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا
لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه
لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون ومن تزوج من العجم
بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رح وقال رضي الله عنه وهو قول محمد رح
وقال ابو يوسف رح حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا) قوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة الى آخره
قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المص رح هذا الى آخره يتعلق بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها
لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق العبد يجر ولاء ابنه من موالي الام الى موالي نفسه بخلاف ما اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق
بعد موت او طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالي نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر بل يكون ولاء الولد لموالي
الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق اما اذا كان بائنا فلحرمة الوطي
بعده واما اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا
ينتقل انتهى وادى صاحب العناية ايضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء
اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كان كانت الامة امراة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق
فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب
والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب الاهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى



ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطي وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك لانه اذ جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون
موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته
الى ما بعد ذلك استند الى حالة النكاح فان كان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم
انتهى كلامه اقول مدار كلام كلهم على ان يكون قول المصنف رح بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق الى آخره متعلقا
بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء اولا لموالي الام ثم انتقل الى موالي الاب بصيرورته
اهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام في صورة ان اعتقت المعتدة عن
موت اذ لا مجال لاحداث العتق في الميت فلا يتصور في هاتيك الصورة العود اصلا فلا يتوهم بها النقض راسا على قوله فاذا صار
اهلا عاد الولاء اليه حتى يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة اصلا بمسئلة انتقال
الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي اذا ما اعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك ان يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير مظنة
النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الاولى ايضا بما نحن فيه
حيث قال في تصويرها بان كانت الامة امراة مكاتب فمات عن وفاء فاو مرالي تاخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا يتيسر التاخير
فيما قاله ايضا اذ قد مر في كتاب المكاتب ان في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن اصحابنا احدهما مذهب الجمهور وهو انه
يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره ايضا وثانيهما مذهب البعض وهو انه
يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا ان اللازم فيما
صوره اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امراته المعتدة عن موته حتى يتاخر عتقه عن عتقها اللهم الا ان يفرض تحقق الاداء
عما تركه المكاتب وفاء بعد ما اعتقت امراته ويعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض فتامل (بخلاف ما اذا كان
الاب عبدا لانه هالك معنى) قوله لانه هالك لانه لا يملك شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه
اي كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لا اب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح اقول ههنا شئ وهو انه ان كان
المراد بكون العبد هالكا معنى انه في حكم الموت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من اثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه ان مجرد موت
الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر اثر الولاء لهم بعد موته اذ عند حيوته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم
مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كانه لا اب له يتجه عليه انه يلزم حينئذ ان لا يرث
من هذا الولد من ينتهي اليه بانبه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير ان يبقى ابوه ذلك عبدا لكونه في حكم
مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض ان المحروم عن الميراث كالكافر
والقاتل والرقيق لا يحجب من هو ابعد منه عند ائمتنا جميعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا ان يقال بخلاف
ما اذا كان الاب عبدا لانه لا اهلية له لرقه كما مر فالم يحصل الاهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا او ميتا
(ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم
ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب
عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله
عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة قوم

ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رح مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف رح مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان ضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر وولاء العتاقة تعصيب

وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رض فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى من المعتق لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار وعلى ما مر والعصبة ياخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني مولى بل هو لعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة رح ومحمد رح لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رح لانه اقرب في العصوبة عنده وكذلك الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر وهو المروي عن عدة من الصحابة رض منهم عمر رض وعلي رض وابن مسعود رض وغيرهم اجمعين فمعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب) قوله ولهما ان ولاء العتاق الخ اقول لقائل ان يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي ان يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لاولادها بل على اصحاب الفرائض لهم اذ لا شك ان استحقاق كل من العصبات النسبية واصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح ان يعارض ولاء العتاقة قد يرى ان لا يعارض احد من العجم في الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة او جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع ان المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب ايضا ان موالي العتاقة مطلقا مؤخرون في الارث عن اصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوي الارحام فليتامل في التوجيه

## فصل في ولاء الموالاة)

اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل للتحول والانتقال



اذ في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في انه سبب للارث وانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ الشافعي رح ومالك رح واحمد رح ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي اسلم على يده اولغيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك ويقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلث شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره اما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الشرطية الاولى تغني عن الشرطية الثالثة اذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط ان لا يكون عربيا الا ان يكون ذكر الثالثة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما واما ثانيا فلانه ان اريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلث كما هو المتبادر من ذكر العدد في امثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف رح فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به صاحب الكافي ايضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها ان يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية ايضا حيث قال وله شرائط وعد منها ان يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلث يكون تخصيص هذه الثلث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال راسا فلا يحتاج الى الجواب عنه اصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلثا اجيب بان المذكور انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم نذكره انتهى اقول لا صحة لهذا الجواب جدا فان عقل الاعلى وحريته ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك ان عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد اصلا بغير اذن مولاه وان اذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم نذكره ثم ان في تقرير السؤال ايضا خللا فان تقييد العقل بعقل الاعلى في قوله من شرط العقد عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل ايضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد افصح عنه صاحب البدائع حيث قال واما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا التقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الاسفل ايضا شرط بل هي اظهر اشتراطا من حرية الاعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو اذن له مولاه ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وايضا لا وجه لترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شروط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع ان قوله فان موالاة الصبي) في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة اوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى

(قال واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه اذا جنى او اسلم على يد غيره ووالاه قالوا الاصح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال

الشافعي رح الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا تصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في حالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمته او خالته او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم) قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب الخ اشارة الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا اسلم الرجل على يد رجل فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول الى غيره وهذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ومحمد رح هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل بمجرد العقد كاف بان يقول احدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة ان من اسلم على يد رجل وقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي اسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة اما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز ان يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه في قوله اذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على ان مجرد ان يقول احدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى واما قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك ان مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان ان الاسلام على يده ليس بشرط في صحة عقد الموالاة لا ان ذكر الارث والعقل ليس بشرط فيها واما قول صاحب التحفة فلان محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت ويجوز ان يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله انت مولاي فقط لا بدل مجموع قوله انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح باشتراطهما عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز ان يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من ايماء الموالاة اياه على الاستقلال لا يرى ان لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع انهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول) قوله الا انه يشترط في هذا الخ

اورد عليه



اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب عنه بوجهين احدهما ان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما في تفرد احدهما التزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام احدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره ايضا اقول هذا الوجه مخل للكلام فان كون نفس التزام الفسخ على الآخر ضررا امر ظاهر لما ذكر من ان فيه ابطال فعل العاقل البالغ واما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الالزام في كونه ضررا فغير ظاهرة اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم ايضا بالضرورة والظاهر ان علم الانسان بالامر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجديه شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا ان يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة الا انه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجاملات لكنه فيه ما فيه فتامل وثانيهما ان فسخ احدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرار الصاحب اما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان ان عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى تجب العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة اقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله ان في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب ان هذا معقول المعنى (لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى) قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة الخ قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة لفسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره وكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط اقول في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا ومشروحا والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي ان لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد ان يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي ان يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن اين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول ثم اقول يمكن ان يجاب عن الاول بان المراد ان النسب ما دام ثابتا من انسان اولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا واما اذا ادعاه احدهما اولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من احدهما الى الآخر فانه امر آخر تامل

من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا صح الانتقال بدون النسب فتامل

# كتاب الاكراه

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لان ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة ان في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال اكرهت فلانا اكراها اي حملته على امر يكرهه واما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان تنعدم به الاهلية في حق المكره او يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب الا يرى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم مرة ويوجر اخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في النهاية ولك ان تختار من هذه الثلث ايها شئت قلت وقد اختار المصنف رح عبارة المبسوط كما ترى وسيجئ ما يتعلق بتفسيره واما شرطه وحكمه فياتي في الكتاب في اثناء المسائل (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما يوعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي) قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه تشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل (واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يؤاجر داره واكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع) لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم قوله لان الاكراه اسم لفعل الخ قال صاحب العناية وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختياره او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلاثة وموضعه اصول الفقه انتهى كلامه اقول قد صرح الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف رح هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه احد من ذوي الالباب وان شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور في عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بان يكون بالقتل او بقطع عضو وهو الاكراه الملجي ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بالضرب او بالقيد او بالحبس وهو الاكراه الغير الملجي وكل منهما لا ينافي الاهلية ولا الخطاب واما فخر الاسلام البزدوي فقال في اصوله الاكراه



ثلثة انواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجي ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجي ونوع آخر لا يعدم الرضى وهو ان يهم بحبس ابيه او ولده او ما يجري مجراه والاكراه بجملته لا ينافي اهلية ولا يوجب وضع الخطاب انتهى قال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من اصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على امر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الاقسام الثلثة المذكورة في الكتاب قال شمس الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكره في الكتاب وكانه لم يجعله من اقسام الاكراه لعدم ترتب احكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف اذا عرفت هذا فقد ظهر لك ان ما ذكره المصنف ههنا من معنى الاكراه هو ما ذكره شمس الائمة في المبسوط بعينه وان القسم الثالث من الاقسام الثلثة المذكورة في اصول فخر الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل في معنى الاكراه لغة كما اشار اليه صاحب الكشف وان وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الاكراه شرعا عدم ترتب احكام الاكراه عليه في عرف شرع وما ترتب عليه احكامه وانكشف عندك ايضا ان ما وقع في عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان في الكتب الشرعية احوال الاكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسيره ذكر المصنف رح ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح في نفسه اما اولا فلانه جعل قول المصنف رح فينتفي به رضاه اعم من ان يكون مع فساد اختياره او عدمه مع ان مقابلة قوله او يفسد به رضاه تمنعه قطعا واما ثانيا فلانه قال ان قول المصنف رح او يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ولا معنى له لانه ان اراد انه بحسب ظاهره اي بدون تقدير شئ آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو ثبوت الرضا وان اراد انه اذا اخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكر فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك ايضا اذ بتقدير لا يصير المعنى او لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار لا يستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت عدم الرضا لجواز ان يصح الاختيار وانعدم الرضا كما في النوع الغير الملجي من نوعي الاكراه على ما مر واما ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره وهو ايضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف رح الاشارة الى الانواع الثلثة للاكراه لان نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا يقتضي الرضا بل يتحقق مع عدم الرضا ايضا كما عرفت آنفا فلا يحصل الاشارة بقوله او يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا ان يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة انتفاء الرضى يدل على بقاء الرضى في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين كما لا يخفى على ذي مسكة ان المعنى الذي نسبه الشارح المزبور ههنا الى المصنف رح كان يحصل بان يقول بدل قوله او يفسد به اختياره او لا بمعنى او لا ينتفي به رضاه فهل يجوز العاقل لمثل المصنف رح ان يترك ذاك اللفظ الاقصر الخالي عن التمحلات باسرها وارادة افادة ذلك المعنى الذي نسبه الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تمحلات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان رتبة المصنف رح بمعزل عن مثل ذلك فالحق ان مراده بقوله فينتفي به رضاه اي ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله او يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وكان قوله فينتفي به رضاه اشارة الى احد نوعي الاكراه وهو غير الملجي وقوله او يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجي فانتظم كلامه من غير كلفة اصلا وانطبق لما في عامة الكتب (والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد) قوله والاكراه اراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه اظهر من ان يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف رح بهذه الاشياء يعني بالبيع واخواته ولم يدر ان

البيع واخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته فى كتابه هذا (بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم
او قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به
لفوات الرضا) قوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط الخ اقول يرد على ظاهر هذا التحرير ان آخر الكلام يناقض اوله فلانه قال فى اوائل بخلاف
ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم فدل ذلك على تحقق الاكراه فى هذه الصور ايضا والا لما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان
ينبغى ان يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط او حبس يوما او قيد يوما وقال فى آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح فى عدم تحقق الاكراه فى
هاتيك الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا اكره معناه اللغوى وهو حمل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك
فى تحقق هذا المعنى فى هاتيك الصور والذى نفاه فى آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعى الذى يترتب عليه احكامه ولا تناقض
وذلك ان تقول التعبير بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا اكره للمشاكلة كما فى قوله تعالى تعلم ما فى نفسى ولا اعلم ما فى نفسك فحينئذ لا يكون
لفظ الاكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض اصلا (وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة
الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رح
لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان
ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضى فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت
الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما فى سائر البياعات
الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان
تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد
تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد بحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى
قال رضى الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى من غيره لان
الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين) قوله وكذا الاقرار حجة الى آخره قال فى النهاية والعناية قوله وكذا
الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا فتفسد اى والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان
الاقرار انما صار حجة فى غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة انتهى اقول الظاهر
عندى ان قوله وكذا الاقرار حجة اى غيره معطوف على قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضى الى قوله فتفسد لا على قوله والاكراه
بهذه الاشياء بعدم الرضا فتفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضى بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف
قوله وكذا الاقرار حجة الى آخره على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة فى المقدمة الاولى مع ان المذكور فى حيز قوله وكذا
الاقرار حجة دليل مستقل فى حق فساد الاقرار بالاكراه غير مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور فى النهاية والعناية فالوجه
ان يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومشائخ سمرقند رح جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه فان كان قبض الثمن
طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما فى البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على
الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره
الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع فى الاكراه على الهبة



دون البيع وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما فى يده لفساد العقد وان هلك المبيع فى
يد المشترى وهو غير مكره ضمن) قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره ان يضمن المكره
ان شاء) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشترى فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب
فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته
العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك
المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم) قوله ومنهم من جعله
باطلا اعتبارا بالهازل الخ قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا انتهى اقول لم يقل
من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل بل قال انه كالهازل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد
معنى البيع والا فلا شك ان من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة ان يجرى المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر
فى علم الاصول وفى صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا
على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشيئين المتغائرين بحسب الذات المشتركين فى العلة

## فصل

قال اكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الاكراه الواقع فى حقوق الله تعالى وقدم الاول
لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى اقول فيه كلام وهو انه قد ذكر فى هذا الفصل حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد ايضا كما فى مسئلة الاكراه
على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وكما فى مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر
الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل الفصل لان ما تقدم ما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل
ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه فى حالة السعة (قال وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر فاكره على
ذلك بحبس او بضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك
وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى
حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب
الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك) قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ اقول فى
قوله يباح له ذلك اشكال بان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر فى علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس او على العضو
كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به فى كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم فى تفسير معنى المباح
مخالف لما صرحوا به فى كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتامل (ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به
ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان له بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فياثم كما فى حالة المخمصة وعن ابى يوسف رح
انه لا ياثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا
محرم فكان اباحة لا رخصة) قوله ولا يسعه ان يصبر الى ما توعد به الخ قال فى العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب
فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب قتل النفس المحرم فصار الترك
حراما لان ما افضى الى الحرام حرام انتهى اقول فى الجواب بحث لانه ان اريد به ان المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه
الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال

لكونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان اريد به ان ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة اخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم لكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو اكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا في حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك ان صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار ايضا اذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم ان يجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلم يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه مستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم او الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدل على ان لا واحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة منهما هو عليتها له ومنشأ عدم الاحتياج اليها علية الاخرى له فلا استحالة في اجتماعهما لانا نقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه ان كلام بعض الفضلاء ايضا في هذا المقام فلينظر اليه وبيانه من فيه (الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله او بسب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان) قوله الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة الخ قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كانه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا ياثم اذ الانسان لا ياثم بترك المباح فاجاب بانه ياثم اذا علم بالاباحة ولم ياكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان مرام المصنف رحمه الله بهذا لا يصلح ان يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة في العلم ان لا ياثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا ياثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا ياثم اذ الانسان لا ياثم بترك المباح فالوجه ان قول المصنف رحمه الله هذا انما هو لبيان ان الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة واما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في امثال هذا بناء على الخفاء (وقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية) قوله وقال فان عادوا فعد الخ قال جمهور الشراح معنى قوله عليه السلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعمه البعض لان ادنى درجات الامر الاباحة فيلزم ان يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا ينكشف حرمته اصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة



النسفي في اول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي الخطر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلوة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز ان يكون ههنا كذلك انتهى اقول مراد الشراح ان ادنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما يستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا اي عد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير خطأ لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يامر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة) قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة وكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه انتهى كلامه اقول في تقريره خلل اما اولا فلان قوله فان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من ان لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها لا يضاد الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو اول المسئلة فاخذه في اثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على اول المسئلة فيستلزم المصادرة واما ثانيا فلان قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا اصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة اصلا لما كان ماجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا تم قول المصنف رحمه الله فيما سياتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر ان الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون ان يفوت حقيقة بل التحقيق ان اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة اصلا وان فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا ان المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا في حالة الاكراه فيسعه الميل اليه عند طمانينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمته ابدا (ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب على المكره وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما لزفر رحمه الله ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك

الشافعی رح فی جانب المکرہ ویوجبہ علی المکرہ ایضا لوجود التسبیب ای القتل منہ والتسبیب فی ہذا حکم المباشرۃ
عندہ کما فی شہود القصاص ولابی یوسف رح ان القتل بقی مقصورا علی المکرہ من وجہ نظرا الی التاثیم واضیف
الی المکرہ من وجہ نظرا الی الحمل فدخلت الشبہۃ فی کل جانب وہما انہ محمول علی القتل بطبعہ ایثار الحیوۃ لیصیر
آلۃ للمکرہ فیما یصلح آلۃ لہ وہو القتل بان یلقیہ علیہ ولا یصلح آلۃ لہ فی الجنایۃ علی دینہ فبقی الفعل مقصورا علیہ فی
حق الاثم کما نقول فی الاکراہ علی الاعتاق وفی اکراہ المجوسی علی ذبح شاۃ الغیر ینتقل الفعل الی المکرہ فی
الاتلاف دون الذکاۃ حتی یحرم کذا ہذا وان اکرہ علی طلاق امرأتہ او عتق عبدہ ففعل وقع ما اکرہ علیہ عندنا خلافا
للشافعی رح وقد مر فی الطلاق) قولہ ولان الحرمۃ باقیۃ آلخ واعترض علیہ بان اجراء کلمۃ الکفر ایضا استثنی بقولہ تعالی الا من اکرہ
وقلبہ مطمئن بالایمان من قولہ تعالی من کفر باللہ من بعد ایمانہ فینبغی ان یکون مباحا کاکل المیتۃ وشرب الخمر واجیب بان فی الآیۃ
تقدیما وتاخیرا وتقدیرہ من کفر باللہ من بعد ایمانہ وشرح بالکفر صدرا فعلیہم غضب من اللہ ولہم عذاب عظیم الا من اکرہ وقلبہ مطمئن بالایمان
فان اللہ تعالی ما اباح اجراء کلمۃ الکفر علی لسانہم حالۃ الاکراہ وانما رفع عنہم العذاب والغضب ولیس من ضرورۃ نفی الغضب وہو حکم
الحرمۃ عدم الحرمۃ لانہ لیس من ضرورۃ عدم الحکم عدم العلۃ کما فی شہود الشہر فی حق المسافر والمریض فان السبب موجود والحکم متاخر
فجاز ان یکون الغضب منفیا مع قیام العلۃ الموجبۃ للغضب وہو الحرمۃ فلم یثبت اباحۃ اجراء کلمۃ الکفر کذا فی عامۃ الشروح وعزاہ
فی النہایۃ الی مبسوط شیخ الاسلام قال صاحب العنایۃ بعد ذکر السؤال والجواب وفیہ نظر لان المراد بالعلۃ ان کان ہو المصطلح فذاک
ممتنع التخلف عن الحکم الذی ہو معلولہ وان کان المراد بہا السبب الشرعی کما مثل بہ فانہ یتخلف الحکم عنہ بدلیل آخر شرعی یوجب تاخیرہ
کما فی المثال المذکور من قولہ تعالی ومن کان مریضا او علی سفر فعدۃ من ایام اخر ولا دلیل فیما نحن فیہ علی ذلک انتہی اقول ہذا النظر
ساقط جدا فانہ یصح ان یختار کل واحد من شقی التردید ولا یلزم محذور اصلا اذ یجوز ان یراد بالعلۃ ما ہو المصطلح علیہ فی علم الاصول
وہو ما کان خارجا عن الشیء مؤثرا فیہ قولہ فذاک ممتنع التخلف عن الحکم الذی وہو معلولہ ممنوع فان وجوب مقارنۃ العلۃ الشرعیۃ للمعلول
انما ہو فی بعض اقسامہا وہو ما کان علۃ اسما ومعنی وحکما دون بعضہا الآخر وہو ما کان علۃ اسما فقط او اسما ومعنی کما تقرر ذلک کلہ
فی علم الاصول فیجوز ان یکون العلۃ فیما نحن فیہ من قبیل الثانی فلا یمتنع التخلف ویجوز ان یراد بہا السبب الشرعی کما ہو الظاہر من
التمثیل وہو ما کان خارجا عن الشیء ولم یکن مؤثرا فیہ بل کان موصلا الیہ فی الجملۃ قولہ فانما یتخلف الحکم عنہ بدلیل آخر شرعی یوجب تاخیرہ
ممنوع بل السبب الشرعی مطلقا من حیث انہ سبب یجوز تخلف الحکم عنہ اذ لا بد ان یتوسط بینہ وبین الحکم علۃ فما لم یتحقق تلک
العلۃ لا یتحقق الحکم بمجرد السبب وہذا ایضا مع کونہ مقررا فی علم الاصول مفہوم من نفس معنی السبب الشرعی فان الایصال فی الجملۃ
کیف یستلزم تحقق الحکم والمثال المذکور فی الجواب لیس فی معرض التعلیل لتخلف الحکم عن السبب الشرعی بل ہو مسوق لمجرد
التمثیل فتحقق دلیل شرعی یدل علی جواز تاخیر الحکم ہناک لا یقتضی قیام دلیل شرعی علی جواز ذلک فی کل صورۃ علی حدۃ علی انہ یمکن
ان یجعل حدیث خبیب دلیلا علی بقاء الحرمۃ فیما نحن فیہ بعد ان نفی حکمہ وہو الغضب فان خبیبا رض لما اکرہ علی اظہار کلمۃ الکفر
فصبر ولم یظہرہا حتی قتل مدحہ رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم حیث سماہ سید الشہداء وقال ہو رفیقی فی الجنۃ ولو لم تبق
الحرمۃ ابدا فی اظہار کلمۃ الکفر لما وسعہ الصبر علی ما توعد بہ من القتل ولما استحق المدح فی ذلک لان فی الامتناع عن المباح فی تلک
الحالۃ اعانۃ الغیر علی اہلاک نفسہ وہو حرام فیلزم ان یاثم بذلک کما فی حالۃ المخمصۃ علی ما مر (قال ویرجع علی الذی اکرہہ
بقیمۃ العبد لانہ صلح آلۃ لہ فیہ من حیث الاتلاف فان اضاف الیہ) قولہ ویرجع علی الذی اکرہ بقیمتہ الی آخرہ قال فی



العنایۃ ومنع صلاحیتہ لذلک لان الاتلاف ثبت فی ضمن التلفظ بہذا اللفظ وہو لا یصلح آلۃ لہ فی حق التلفظ وکذا فی حق ما یثبت
فی ضمنہ واجیب بان الاعتاق اتلاف وہو یصلح آلۃ لہ فیہ والتلفظ قد ینفک عنہ فی الجملۃ کما فی اعتاق الصبی فیصح ان یکون
آلۃ بالنسبۃ الی الاتلاف دون التلفظ انتہی اقول فیہ نظر لان الانفکاک فی اعتاق الصبی انما ہو من جہۃ ثبوت التلفظ بدون
ثبوت الاعتاق وذلک لا ینافی ثبوت الاعتاق فی ضمن التلفظ البتۃ وانما ینافیہ عکس ذلک وہو ان یثبت الاعتاق بدون
ثبوت التلفظ وہذا غیر متحقق فی صورۃ اعتاق الصبی فلم یتم التمثیل ولا التقریب وکان بعض الفضلاء تنبہ لہذا حیث قال فیہ
تامل فان الذی ہہنا ثبوت الاعتاق لا فی ضمن التکلم کما اذا ورث القریب انتہی اقول لکن فیہ ایضا خلل فان الثابت فی
صورۃ ان ورث القریب انما ہو العتق دون الاعتاق کما صرحوا بہ قاطبۃ وقد مر فی کتاب الولاء مفصلا والکلام ہہنا
فی الاعتاق دون مجرد العتق کما لا یخفی فلا یتم التمثیل بتلک الصورۃ ایضا ولا التقریب ثم اقول لا فائدۃ لحدیث الانفکاک اصلا
فی الجواب ہہنا فان کون ثبوت الاتلاف فیما نحن فیہ فی ضمن التلفظ امر مقرر لا یقبل الانکار فیکون مدار الورود للسؤال
المذبور لا محالۃ ولا یجدی شیئا فی دفعہ انفکاک الاتلاف عن التلفظ فی صورۃ اخری فالحق عندی فی الجواب ان یقال
لا یلزم من عدم صلاحیۃ المکرہ للآلۃ فی حق التلفظ عدم صلاحیتہ لہا فی حق ما ثبت فی ضمنہ وہو الاتلاف لان عدم صلاحیتہ
لہا فی حق التلفظ لعلۃ امتناع التکلم بلسان الغیر وہی غیر متحققۃ فی حق ما ثبت فی ضمنہ من الاتلاف فان المکرہ یمکنہ ان
یاخذ المکرہ ویلقیہ علی المال فیتلفہ کما صرحوا بہ فیما مر (فلہ ان یضمنہ موسرا کان او معسرا) قولہ فلہ ان یضمنہ لانہ ضمان اتلاف فلا یختلف
بالیسار والاعسار کذا فی الکافی وغیرہ فان قیل ینبغی ان لا یضمن المکرہ لانہ اتلف بعوض حصل للمکرہ وہو الولاء والاتلاف
بعوض کلا اتلاف اجیب بان الاتلاف بعوض انما یکون کلا اتلاف اذا کان العوض مالا کما لو اکرہ علی اکل طعام الغیر فاکل
فانہ لا ضمان علی المکرہ لانہ حصل للمکرہ عوض او کان فی حکم المال کما فی منافع البضع اذا اتلفہا مکرہا لان منافعہ تعد مالا عند
الدخول والولاء لیس کذلک لانہ بمنزلۃ النسب الا یری ان شاہدی الولاء اذا رجعا لا یضمنان کذا فی الشروح اقول ہذا
الجواب یشکل بما لو اکرہ علی شراء ذی رحم منہ فعتق علیہ فان المکرہ لا یرجع ہناک بقیمۃ العبد علی المکرہ بناء علی انہ حصل لہ عوض
فہو صلۃ الرحم نص علیہ فی البدائع ولا یذہب علیک ان صلۃ الرحم لیست بمال کالولاء لا حقیقۃ وہو ظاہر ولا حکما فلانہ لم یقل بہ احد
کما قالوا فی منافع البضع عند الدخول فتامل (ولا سعایۃ علی العبد لان السعایۃ انما تجب للتخریج الی الحریۃ او لتعلق حق الغیر
ولم یوجد واحد منہما ولا یرجع المکرہ علی العبد بالضمان لانہ مؤاخذ باتلافہ ویرجع بنصف مہر المرأۃ ان کان قبل
الدخول وان لم یکن فی العقد مسمی یرجع علی المکرہ بما لزمہ من المتعۃ لان ما علیہ کان علی شرف السقوط بان
جاءت الفرقۃ من قبلہا وانما یتاکد بالطلاق فکان اتلافا للمال من ہذا الوجہ فیضاف الی المکرہ من حیث انہ
اتلاف بخلاف ما اذا دخل بہا لان المہر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اکرہ علی التوکیل بالطلاق والعتاق ففعل
الوکیل جاز استحسانا لان الاکراہ مؤثر فی فساد العقد والوکالۃ لا تبطل بالشروط الفاسدۃ ویرجع علی المکرہ
استحسانا لان مقصود المکرہ زوال ملکہ اذا باشر الوکیل والنذر لا یعمل فیہ الاکراہ لانہ لا یحتمل الفسخ ولا رجوع
علی المکرہ بما لزمہ لانہ لا مطالب لہ فی الدنیا فلا یطالب بہ فیہا وکذا الیمین والظہار لا یعمل فیہما الاکراہ
لعدم احتمالہما الفسخ وکذا الرجعۃ والایلاء والفیء فیہ باللسان لانہا تصح مع الہزل والخلع من جانبہ طلاق
او یمین لا یعمل فیہ الاکراہ فلو کان ہو مکرہا علی الخلع دونہا لزمہا البدل لرضاہا بالالتزام) قولہ ولا سعایۃ علی العبد آلخ

بخلاف المريض اذا اعتق عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثمه لحق الغرماء ويجب بخلاف الرهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فلنه يجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية يدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكراه الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به انتهى اقول لم ار ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا اكره الراهن على اعتاقه في شئ من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير ايضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل ان يكون مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شئ انتهى ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من ان لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا اعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا اكره على اعتاق عبده المرهون نفعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له ان يضمنه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي ان لا يجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الى آخره لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان متغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الى آخره ليس بسديد فانه يشعر المخالفة ايضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع انها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وايضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا ينتقض بها ما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله من ان السعاية انما تجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخرج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا ان العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم ان لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب ابي حنيفة رح سالم عن النقض واما على مذهبهما فمنتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه تامل تفهم (قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه) قوله وان اكره على الزنا وجب عليه الحد الخ وجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقق لان السلطان يعلم انه لا فوت له لقوة قدرته فيتأنى في امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المص رح في كتاب الحدود اقول يتجه على الوجه المذكور من قبل ابي حنيفة رحمه الله ان يقال ندرة ذلك ممنوع كيف وقوع ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شرهم لا سيما في المواضع النائية عن العمران اكثر من ان تحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك ان مجرد الاحتمال يثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما



ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما ياتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره لا سوى الا يرى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة رح ان هذا ما يغلب عادة اذا كان في المصر لان الظاهر انه يلحقه الغوث من الناس او من السلطان فيندفع والحكم لا ينبني على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر يعتبره كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي انتهى اقول على هذا التقرير يمكن ان يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع ان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم اقول اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في ان حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به عندهما لا يساعد القول بان الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع فيظهر ذلك بالتامل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضيخان رح في اول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تقدير تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال من الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته ان يكون الاكراه من السلطان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجئ من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا اكره رجلا على الزنا فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كانه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشائخنا ان الخلاف بينهم في الزنا خاصة واما في غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام ايضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قالوا هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر (لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان) قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد الخ قال صاحب العناية ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة تتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس ذلك بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا ترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرفه عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة التي هي المترتبة على الكفر بالشك انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما قاله لغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب ان تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف رح دليلين اصلا لان الواقع في كلام المص رح هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى (فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله) قوله فالقول له استحسانا الخ قال صاحب العناية في حل هذا المحل على وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا على ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه اقول فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك ان اللفظ ههنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا

وانما هي اي الفرقة اثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم يكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة وكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة الحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز ان يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى اي شيء كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتعم مستتبعات الالفاظ ايضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية مغربا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح انتهى (بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم) قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما الخ قال صاحب العناية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي مع تمشيته على المذهبين معا بل تمشيته على المذهب الثاني اظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكره على الاسلام آتيا باحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق احد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرطا لاجراء الاحكام فان على هذا لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير ان يكون الاقرار ركنا من الايمان يلزم ان يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه ينتفي الاقرار اذ ذاك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بان الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن اصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن اصلي وفسر معنى كونه ركنا زائدا بان الشارع اعتبره في وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك في الكتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشي ما في الكتاب على هذا المذهب ايضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل تقف



# كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان احق بالتقديم كذا في الشروح ومن محاسن الحجر ان فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي احد قطبي الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم اولي الراي والنهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يمنعهما وكذلك حجر الصبي والرقيق اما الصبي ففي اول احواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضرره ما وقع في حق الصبي واما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر رعاية نظرا للمولى ثم ان الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية اقول فيه قصور اما اولا فلان الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سياتي في الكتاب من ان هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال واما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم ايضا بالاتفاق والسفيه والمغفل والمديون ايضا محجور عليه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات وسياتي في الكتاب شيئا فشيئا فقولهم في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد فاسد وبالجملة في التعريف المذكور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولا لصغر ورق وجنون انتهى اقول فيه تدارك للمحذور الاول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكر في معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر باي سبب كان انتهى تدبر (قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغر فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا يجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي يرتقب اهليته فلهذا وقع الفرق ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه) قوله

الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون الخ هذه الثلثة بالاتفاق والحق بها ما اشتق منه ثلثة اخرى بالاتفاق ايضا وهي
المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس واما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيدا فعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
كذا في الشروح اقول قد اطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العته في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق
عليها ثلثة وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب الاصول على جعل العته قسيما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفا
في اكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر (قال وهذه المعاني الثلثة توجب
الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة) قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال الخ
اي هذه المعاني الثلثة التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي تتردد بين النفع والضرر
كالبيع والشرى بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد واوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق
في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلثة
يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشرى اي هذه المعاني يوجب التوقف
على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في
حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه اقول
خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسئلة الكتاب بالاقوال المترددة بين النفع والضرر حيث قال يعني ما تردد منها
بين النفع والضرر كالبيع والشرى فلما خرج حينئذ عن الاقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا فكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم
ثبوت الحجر فيه اصلا دون فائدة اخراج الثاني لثبوت الحجر فيه ايضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر ايضا
حيث قال اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واشار بذلك الى عدم ثبوت
الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما تمحض ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله واما ما تمحض فيها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب
الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك ان عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها الشيء من
التخصيصين المذكورين يلزم اذ ذاك محذوران احدهما انه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير مآل
معنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال بمعنى المسئلة السابقة وهي قوله من باع من هؤلاء شيئا
او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في اعادة
الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما تمحض ضررا من الاقوال كالطلاق
والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال وقد ادرجه فيها
في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما وصرح الشارح المزبور
وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بناء على التفريع في مختصر القدوري
في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في
الاقوال دون الافعال تتعين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي ان اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال
للجنس وان المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال ما يعم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة
بين النفع والضرر وايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم اعني ما تمحض ضررا



عن الاقوال المذكورة في الاصل المسطور بل هذا القسم ايضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيتاسب تفريع
المسائل الآتية باسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تتمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه
في جميع افرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل بيانا له فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت
حكم الحجر وما لا فلا تامل تقف (بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان
فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق
الصبي والمجنون) قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الى آخره اقول فيه اشكال لان
الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان القصد ليس بشرط لاعتبارها
في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا اعتاق الحر العاقل البالغ هازلا وكذا يمينه
هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الدين من كتب الاصول مع ان الهزل ينافي
القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل شرعا وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة
فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست
عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال
فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان تجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع
هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فلذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث
وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلانه غير متمش في الانشاءات من الاقوال
كالبيع والهبة والتطليق والاعتاق ونحوها فان الانشاءات ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال المعتبرة في الشرع
في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاءات فلا يتم التقريب واما في الثاني فلانه منتقض بما يساوي فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق
والعتاق ونحوهما تدبر تفهم (قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه
السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه) قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما الخ اراد بعدم الصحة عدم
النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو ان هذه المعاني الثلثة
توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات في موضع واحد كذا في النهاية والعناية قال بعض الفضلاء واذا اريد بالصبي والمجنون الصبي
الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تاويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف رح عن وصمة التكرار انتهى وقد اخذ هذا
المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال اراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما سائر تصرفاتهما الذي تتردد بين النفع والضرر
موقوف على اجازة الولي الا يرى الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء
اجازه الا اذا اريد بقوله والصبي من لا يعقل اصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفيق اصلا فحينئذ يجري قوله لا يصح على ظاهره انتهى كلامه
اقول لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله الصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب
فقط مما لا يساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة اهل العربية وعلى الاستغراق
في قاعدة اهل الاصول كما تقرر كل في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب عليه لم يعهدا بخصوصهما قطعا فلا بد ان
يراد الصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما او جميع افرادهما على احدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منها كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة

لذلك فلو اريد بهما ههنا ذلك القسم المعين بينهما لزم ان لا يكون احكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا احكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر اصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام ههنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم ان يكون متروكة السدى ولا يخفى فساده ولا يختلجن في وهمك انها تفهم مما ذكره دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب اقوى من سببه في غيرهما فلا يدل على عدم تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله فان اقر بالمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم) قوله والاعتاق يتمحض مضرة الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المقام والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من انه مما يتمحض ضررا اللهم الا ان يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتامل واما ثانيا فلانه ان اراد بالمصلحة في قوله والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال مصلحة للصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو الطلاق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم ان لا يتم قوله وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما افصح عنه المصنف رح والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرر هاتيك العلة كيف يمكن للولي ان يقف على تلك المصلحة وان اراد بالمصلحة المذكورة مصلحة في غير الطلاق تكون ذكرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

## باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان اسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التاخير اقوى فكان بالتقديم اولى وفي الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه احرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى اقول في تفسير كل من معنيي السفه على الوجه المذكور شيء اما في الاول فهو ان العمل بخلاف موجب العقل مع موجب العقل مشكل اذ الظاهر ان موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه



هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى واما في الثاني فهو انه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف يتصور القول من ابي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند احد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بان المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما اوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بان ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب ان ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق وفيه يعمل السفيه بالسفه واما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال المتصرف فهو امر آخر وراء ذلك لم يقل به ابو حنيفة رح بناء على استدعائه ضررا اشد من ضرر اتلاف المال كما سياتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم ان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه اصلا انتهى اقول ليس هذا الكلام بسديد فان اكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه ابو حنيفة رح وصاحباه كقوله وان اعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد وقوله وان تزوج امرأة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكوة من مال السفيه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه وقوله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض واوصى وصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولو حجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله وانما المسائل الخلافية بين ابي حنيفة رح وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلث ثنتان منها مذكورتان في اول الباب في الهداية والبداية احداهما مسئلة انه لا يحجر السفيه عند ابي حنيفة رح ويحجر عندهما واخراهما مسئلة ان الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يونس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله حتى يونس منه رشده وثالثتها منها مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة ان يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول ابي حنيفة رح في المسئلتين الاوليين اصلا في الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح ثم اقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم ان تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه اصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رح وهو قول الشافعي رح يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده) قوله لانه مبذر ماله بصرفه الخ قال صاحب العناية استدل المصنف رح بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه انتهى اقول تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى ان حاصل كلام المصنف رح ههنا قياس السفيه على الصبي قياسا فقهيا في وجوب الحجر عليه نظرا له ويرشد اليه قطعا قوله فيما سياتي من قبل ابي حنيفة رح ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى

ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذي ذكره المصنف رح انما يصح على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول الشافعي رح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة لا بطريق النظر له وقالا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي رح يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه انتهى اقول فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما يفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع واما كون المصلح في ماله اذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجدي نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند ابي حنيفة رح ويحجر عليه عند ابي يوسف رح ومحمد رح والشافعي رح ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند احد من ائمتنا كما سياتي في الكتاب (ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد) قوله ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر اعتبارا بالرشيد الخ قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ايضا ومع ذلك يحجر عليه واجيب بوجهين احدهما انه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق يصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلوة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثاني ان المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها اقول يبقى في كلام المصنف رح شيء وهو ان قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب [illegible]

(وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا) قوله وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه رشده الخ قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر انتهى اقول يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدافع بين الابد وحتى كما لا يخفى (ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قوله ولابي حنيفة رح الخ قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب فاذا

ينقضي



انقضى ان يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى آخره انتهى كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول في تقرير الوجه الاول على ما ذكراه خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعلول هو المنع من حيث التاديب دون المنع المطلق يلزم ان يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع تحقق السفه بعدها ايضا ولا شك ان تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعتبار التاديب مع المنع في جانب المعلول باطل ايضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندي في تقرير الوجه الاول ان يقال لا نسلم ان علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التاديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء احد جزئيها وهو قصد التاديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع ايضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم) قوله ولان المنع باعتبار اثر الصبا الخ قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك ما اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه اصلا وكان متناهيا في الاصالة كذا في العناية وغيرها اقول في الجواب بحث لان كونه متناهيا في الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون ايضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه لا يطابق قول ابي حنيفة رح في موضع المسئلة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد اللهم الا ان يراد بالرشد هناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وياباه دليله تامل تقف (لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رح لا ينفذ) قوله لان ركن التصرف قد وجد الخ قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لانه ركن وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط انتهى اقول يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية ههنا ان المصنف رح استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الى آخره اي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد وعلى التوقف بقوله والتوقف للنظر له الى آخره فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا دون كان الحاصل من اول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على اول استدلاله سوال ظاهر

الورود ولتصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رح انه لا يجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا يجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يونس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جارية بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل) قوله والاصل عندهما ان كل تصرف الخ الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه قال في العناية وفيه بحث من اوجه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبته لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه، الثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل فالصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا النقصان في العقل والجواب عن الاول ان القصار بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لان في تنفيذها اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجئ في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما انتهى اقول في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث ايضا اما في الجواب عن الاول فلان حاصل ذاك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذر الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذر مع عدم تاثير الهزل في شئ منها فما ذكر في الجواب يقوي البحث فضلا عن ان يدفعه واما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجئ في الكتاب هو قول المصنف رح لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فتجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك ان هذا ايضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في اصلهما كما هو حاصل البحث الثاني ايضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه لا بد من الاشتراك انتهى اقول كانه غلط في الاستخراج فتوهم ان الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض بانه لا بد في تمام التعليل ههنا من الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما ان



المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن ان الضمير المزبور راجع الى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى (قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا وتخرج الزكوة من مال السفيه لانها واجبة عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رض لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم الآية وقد اونس نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة) قوله ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم الخ قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدا منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا وجد رشدا ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى اقول تقرير دليل ائمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكافي وفي المبسوط ينتقض بقول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما مع انه قد اونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فيتناوله النكرة المطلقة فيجب ان يدفع اليه ايضا ماله والاظهر في تقرير استدلال ائمتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا يعم النكرة المطلقة او لان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد مرادا الا انه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر (ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) قوله ولان الفاسق اقول يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لا محالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو اقوى فلزم ان يكون من

اہل الولایة فینبغی ان یکون والیا للتصرف ایضا غیر محجور علیه کما ذهب الیه ابو حنیفة رحمه الله (ویحجر القاضی عندهما ایضا وهو قول الشافعی رح بسبب الغفلة وهو ان یغبن فی التجارات ولا یصبر عنها بسلامة قلبه لما فی الحجر من النظر له) قوله ویحجر القاضی عندهما ایضا وهو قول الشافعی رح الخ واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبی صلی الله علیه وسلم فانه ما حجر علی حبان بن منقذ وکان یغبن فی التجارات بل قال له قل لا خلابة ولی الخیار ثلثة ایام فاثبت له البیع بشرط الخیار وما حجره واجیب بان الحجر علی المغفل ثبت بدلالة قوله تعالی ولا تؤتوا السفهاء اموالکم لما انه یتلف الاموال کالسفیه فلا یعارضه خبر الواحد کذا ذکره تاج الشریعة قال صاحب العنایة بعد ذکر الاعتراض والجواب ورد بان ذلک لمنع المال ولیس النزاع فیه انتهی وقال بعض الفضلاء ویجوز ان یقال یفهم منه الحجر ایضا بطریق الدلالة والالمام لیفید المنع کما سبق من دلیلهما انتهی اقول ویجوز ان یرد هذا ایضا بان الحجر ابلغ من منع المال فی العقوبة کما مر فی دلیل ابی حنیفة رح علی عدم الحجر علی السفیه فانی یفهم من منع المال الحجر بطریق الدلالة وان منع المال مفید لان غالب السفه فی الهبات والصدقات وذلک یتوقف علی الید کما مر هذا ایضا فی دلیله جوابا عن قولهما المنع لا یفید بدون الحجر فیسقط قول القائل ذلک ههنا والالم یفد المنع کما سبق من دلیلهما وقال الشارح العینی بعد نقل ما ذکره تاج الشریعة وصاحب العنایة قلت فیه نظر لان فی حدیث حبان بن منقذ نوع حجر لانه علیه السلام اطلق له البیوع کلها بالخیار فصار کالمحجور فی البیوع المطلقة فافهم انتهی اقول لیس ما قاله بشیء اذ لا شک انه لا حجر فی الحدیث المزبور علی حبان فی شیء بل فیه ارشاده الی ما یلیق بحاله من شرط الخیار فی البیع وقول الشارح المذکور فصار کالمحجور فی البیع المطلقة یشعر باعترافه ایضا بانه لم یصر محجورا علیه حقیقة فی شیء فلا یجدی ما قاله شیئا ههنا ولو سلم دلالة الحدیث علی کونه محجورا علیه فی البیوع المطلقة ای فی البیوع التی لم یشترط فیها الخیار فلا ینفع لها فی دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامین والشافعی رح ان یحجر القاضی علی المغفل فی بیوعه مطلقا ای سواء شرط فیها الخیار ام لا فیرد علیه ان الحجر علی المغفل فی البیوع التی شرط فیها الخیار خلاف ما ثبت عن النبی صلی الله علیه وسلم فی حدیث حبان بن منقذ

**فصل فی حد البلوغ** البلوغ فی اللغة الوصول وفی الاصطلاح انتهاء الصغر ولما کان الصغر احد اسباب الحجر لم یکن بد من بیان انتهائه وهذا الفصل لبیان ذلک (قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطی فان لم یوجد ذلک فحتی یتم له ثمانی عشرة سنة عند ابی حنیفة وبلوغ الجاریة بالحیض والاحتلام والحبل فان لم یوجد ذلک فحتی یتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابی حنیفة رح وقالا رح اذا تم للغلام والجاریة خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو روایة عن ابی حنیفة رح وهو قول الشافعی رح وعنه فی الغلام تسع عشرة سنة وقیل المراد ان یطعن فی التاسع عشرة سنة ویتم له ثمانیة عشرة سنة فلا اختلاف وقیل فیه اختلاف الروایة لانه ذکر فی بعض النسخ حتی یستکمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقیقة والحبل والاحبال لا یکون الا مع الانزال وکذا الحیض فی اوان الحبل فجعل کل ذلک علامة البلوغ وادنی المدة لذلک فی حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفی حق الجاریة تسع سنین واما السن فلهم العادة الفاشیة فی ان البلوغ لا یتاخر فیهما عن هذه المدة وله قوله تعالی حتی یبلغ اشده واشد الصبی ثمانی عشر سنة هکذا قاله ابن عباس رض وتابعه القتبی وهذا اقل ما قیل فیه فبنی الحکم علیه للتیقن به غیر ان الاناث نشوهن وادراکهن اسرع فنقصنا فی حقهن سنة لاشتمالها علی الفصول الاربعة التی یوافق واحد منها المزاج لا محالة واذا راهق الغلام او الجاریة الحلم واشکل امره فی البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحکامه احکام



البالغین لانه معنی لا یعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم یکذبهما الظاهر قبل قولهما فیه کما یقبل قول المرأة فی الحیض) قوله وهذا اقل ما قیل فیه فیبنی الحکم علیه للتیقن به الخ اقول یرد علی قوله للتیقن به اعتراض قوی وهو انه لا شک ان المتیقن به فی بلوغ الصبی اشده انما هو اکثر ما قیل فی اشده من المدة دون اقل ما قیل فیه منها لانه اذا بلغ الاکثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العکس نعم وجود الاقل فی نفسه لا یستلزم وجود الاکثر بخلاف العکس لکن لیس الکلام ههنا فی وجود مدة فی نفسها بل فی کون تلک المدة اشد الصبی والمتیقن به فیه انما هو اکثر ما قیل فی اشده بلا ریب ثم انی لم ار احدا من الشراح حام حول هذا الاشکال سوی تاج الشریعة وصاحب الکفایة فانهما قالا فان قیل ینبغی ان یقول بالاکثر لانه المتیقن اذ الادنی یکون فی الاکثر دون العکس قلنا اول الآیة ولا تقربوا مال الیتیم الی قوله حتی یبلغ اشده والله تعالی مد الحکم الی غایة الاشد واقل ما قیل فی تفسیره ثمانی عشرة وهو المتیقن اولو مد الی اقصاه لابد ان یمد الی ثمانی عشرة ولو مد الیها لا یکون ممتدا الی اقصاه وکانت ثمانی عشرة متیقنا فی کون الحکم ممتدا الیها فبنی الحکم علیه انتهی اقول فی الجواب نظر لان الاشد فی الآیة الکریمة المذکورة منتهی الحکم السابق وغایة کما یدل علیه قطعا قوله تعالی حتی یبلغ اشده فمجرد دخول مد الحکم السابق الی ثمانی عشرة فی مدة اقصی ما قیل فی تفسیر الاشد لا یلزم کون ثمانی عشرة منتهی الحکم السابق وغایة حتی یلزم کونها اشده فیما اذا مد الحکم الی اقصاه ایضا وانما یلزم وجودها فی نفسها فی ضمن وجود مدة اکثر منها فلم یکن متیقنا بها من حیث کونها الاشد بل من حیث وجودها فی نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثانی فلا یتم التقریب والحق فی اصل التعلیل ان یقال وهذا اقل ما قیل فیه فیبنی الحکم علیه الاحتیاط کما وقع فی الکافی والتبیین الا انه قال فی الکافی بعد قوله للاحتیاط ولانه متیقن به واما فی التبیین فقد اکتفی بقوله للاحتیاط وهو الاصوب

## باب الحجر بسبب الدین

عقب هذا الباب بالحجر بسبب الدین وما قبله بالحجر للفساد واما علی قولهما فقط کما قالوا فی فصل تکبیرات التشریق من کتاب الصلوة وفی باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان ابا حنیفة رح لا یری شیئا منها واما علی قولهم جمیعا بناء علی تعلق نظر کلهم بذلک اثباتا منهما ونفیا منه ثم ان الحجر بسبب الدین لما کان مشروطا بطلب الغرماء کان فیه وصف زائد فصار بالنظر الی ما قبله بمنزلة المرکب من المفرد فلا جرم اثر تاخیره عنه (قال ابو حنیفة رح لا احجر فی الدین واذا وجبت دیون علی رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر علیه لم احجر علیه لان فی الحجر اهدار اهلیته فلا یجوز لدفع ضرر خاص فان کان له مال لم یتصرف فیه الحاکم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فیکون باطلا بالنص) قوله قال ابو حنیفة رحمه الله لا احجر فی الدین الخ قال صاحب العنایة فی هذا المقام وابو حنیفة رحمه الله لا یجوزه لان فیه اهدار اهلیته وذلک ضرر فوق ضرر المال فلا یترک الاعلی للادنی انتهی اقول لا یذهب علیک ان قوله فلا یترک الاعلی للادنی لا یناسب ما قبله من المقدمتین بل ینافیه فی الظاهر فکان حق العبارة ان یقال فلا یتحمل الاعلی لدفع الادنی کما قاله المصنف رح فی اوائل باب الحجر للفساد واشار الیه ههنا بقوله فلا یجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا یتحمل وقوله فلا یترک سهو من الناسخ انتهی ثم اقول یمکن توجیه ما علیه النسخ الآن بوجوه الاول ان یحمل المراد بالاعلی فی قوله فلا یترک الاعلی للادنی علی اهلیة المدیون لا علی اهدار اهلیته وبالادنی علی المال نفسه لا علی ضرره یرشد الیه انه قال للادنی ولم یقل لدفع الادنی کما قاله المصنف رح ولا شک ان کون اهدار الاهلیة ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب کون الاهلیة اعلی ای اشرف وکون المال ادنی ای اخس کان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله فی السوال الآتی وانما یکون الاول اعلی ان لو کان فی شخص واحد ان یکون المراد بالاعلی اهدار الاهلیة وبالادنی ضرر ایقابله قلت تطبیق ما فی الموضعین فی تعیین المراد غیر لازم فان علو نفس الاهلیة شرفا وعلو اهدارها ضررا

مثلا زمان وكذا ونادى نفس المال ودناة ضررة فجاز ان يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع
آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتامل والثانى ان يحمل يترك المنفى في قوله فلا
يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى اى لاجل دفعه ومجئ
الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله تعالى وتركنا عليه في الآخرين اى ابقينا نص عليه في القاموس وشايع في كلام
المصنفين حيث يقولون ترك على حاله وقد وقع كلام المصنف رح ايضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من ثياب
بدنه ويباع الباقى فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفى البقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها اولا اذ
البقاء فرع التحقق ومذهب ابى حنيفة رح ان لا يجوز اهدار الاهلية الانسان راسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك
في صورة النفى وكون البقاء فرع التحقق انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن ان يلزم الحمل على خلاف المتبادر من
ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث ان يحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى لئلا يعلم اهل الكتاب وقوله
تعالى لا اقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في اكثر كتب النحو احدها مع الواو وبعد النفى
وثانيها بعد ان المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شئ قلت
ذكر ابن هشام في مغنى اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم انها اذا جاءت
لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة والا لكان عذرا للكفار وعد منها ايضا قوله تعالى
وحرام على قرية اهلكناها انهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم انهم يرجعون عن الكفر الى
قيام الساعة انتهى ولا يخفى ان هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بهما حجة لها والوجه
من التوجيه فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى
فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه اشد واقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى واما اذا كان معناه
ذاك كما هو الظاهر ففساد المعنى اظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى فيلزم ان لا يتحمل شئ من الضررين
وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الاعلى عند تيسر
الضرر الادنى لوجوب اختيار اهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجئ اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغنى اللبيب ومثله
بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه ابن جنى قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم انتهى والانصاف ان
هذا الوجه ابعد الوجوه التى ذكرناها لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه
بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر
ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق
المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى بما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن انتهى
كلامه اقول حاصل السؤال منع كون اهدار اهلية المديون اعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما في شخصين دون شخص
واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند ايضا تقريره ان اهدار الاهلية
اعلى ضررا من الحبس والحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة وهى ان الاعلى من الاعلى من الشئ
الاعلى من ذلك الشئ ولا شك ان هذا القياس يقتضى كون اهدار الاهلية اعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين



فسقط المنع وبطل السند ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهى قولنا والحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن
نوع خفاء بينها الشارح المذكور اولا حيث قال ان ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع
هذا به ذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان ثم اقول في الجواب بحث اما اولا فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس
لا محالة في حيز المنع لجواز ان يختار المديون الحبس ابدا ولا يؤدى حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن واما ثانيا فلان الحبس
لو كان اعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند ابى حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الاعلى لدفع ضرر الادنى
كما هو الاساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند ابى حنيفة رح ويمكن ان يجاب عن الاول
بان اختيار المديون الحبس الابدى مع قدرته على اداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة الا بغاية الندرة ومبنى الاحكام الشرعية
على الغالب الاكثر وعن الثانى بان الحبس ليس بمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء الظلم المديون الدائن بالمماطلة
وقد صرح المص رح في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب
صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واشار اليه الشارح المذكور
في اثناء الجواب المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة اثناء
الجواب والا فلا مدخل له اصلا في اثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاختيار الحبس
للمجازاة الشرعية مع اندفاع المال عن الدائن به ايضا لا لمجرد دفع هذا الضرر الذى هو ادنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول
ابى حنيفة رح لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت هب ان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم
المماطلة معا لكن يندفع ظلم المماطلة ايضا كما يفصح عنه قول المصنف رح فيما بعد ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء
ودفعا لظلمه انتهى فيقاس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الدائن يقال ولو لم يكن الحبس اعلى
من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم ان يكون الحبس اعلى من ظلم المماطلة ايضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الاعلى لدفع
الادنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتى وهو المراد بقول المصنف رح فيما بعد ودفعا لظلمه لا ظلمه الماضى اذ لا مجال لدفع
ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانها عرض لا يبقى والذى جعل الحبس جزاء له انما هو ظلمه الماضى واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضى
مع دفع ظلمه الآتى ودفع ضرر المال عن الدائن ايضا فلا يتمشى النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضى كما لا يخفى ولئن سلم كون
الحبس اعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى في قول على موجب القياس و
الحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين
فانه لم يثبت بنص فيجرى فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا لا يقال الحجر بسبب الدين ايضا ثبت بالنص وهو ما روى
ان معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح
هذا الكتاب دليلا على قول الامامين في هذه المسئلة لانا نقول اجابوا عنه في تلك الكتب ايضا عن قبل ابى حنيفة رح بان
بيع النبى صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعانا بالنبى عليه السلام وقالوا والدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يامره
ديانة ولا يظن بمعاذ رضى الله عنه ان يخالف امر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روى انه طلب من
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته انتهى فظهر انه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب
الدين فتعين ان المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التى وقفت لها بتوفيق الله تعالى

ثم ان من العجائب ههنا انی قد ابتليت فی زمان من الازمان بان امتحن مع بعض من عد الاهالی والاعيان لاجل بعض من المدارس فی
يوم واحد من كتب ثلثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق ان يقع البحث من هذا الكتاب فی اول هذا الباب فكان استخرج
بعض من اصحاب الامتحان فی هذا المقام علی ان تكون كلمة لو فی قول صاحب العناية فی الجواب ولو لم يكن اعلی لما اندفع به
ضرر الدائن وصليته فجعل كلمة اعلی مضافة الی كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة فبنی علی هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك
علی الصدرين اللذين كانا حكمين فی ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل اصر عليه
وراج بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتی كاد تقع فتنة
عظيمة وقد درمن قال رحم الله تعالی امرأ عرف قدره ولم يتعد طوره (ولكن يحبسه ابدا حتی يبيعه فی دينه ايفاء
لحق الغرماء ودفعا لظلمه) قوله ولكن يحبسه ابدا حتی يبيعه فی دينه الخ اقول يرد علی ظاهر عادة المصنف رح
ههنا ما اورده صاحب العناية علی نظيرها فی اوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته الجمع بين الابد وحتی
ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا ايضا بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الابد علی الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو ان
تكون كلمة حتی ههنا بمعنی كی دون الی فيصير معنی الكلام ولكن يحبسه ابدا لكی يبيعه فلا مسامحة فی الجمع اصلا اذ المسامحة انما هی فی الجمع
بين الابد وحتی بمعنی الانتهاء دون السببية كما لا يخفی نعم لا يقصد بالابد معنی الدوام البتة ولكنه امر آخر وراء المسامحة فی الجمع تامل تقف
(وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضی عليه) قوله وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضی عليه الخ اقول
لقائل ان يقول لا يجب ان يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر علی الغنی ايضا عندهما نظرا للغرماء بل الحجر بسبب الدين انما تفيد فائدته
فی حق الغنی دون المفلس كما لا يخفی علی الفطن فذكر المفلس فی وضع المسئلة يخل بحق لا يقال قد ذكر فی النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة
ان من مشائخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء علی مسئلة القضاء بالافلاس حتی لو حجر عليه ابتداء من غير ان يقضی عليه
بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والخلاف عندهما يتحقق فی حالة الحيوة فيمكن للقاضی القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند
ابی حنيفة رح الافلاس فی حال الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس اولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة
مبتدأة فعلی هذا القول المانع من الحجر عند ابی حنيفة رح كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس
انتهی فيجوز ان يكون ذكر المفلس فی وضع المسئلة فی الكتاب بناء علی اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين
بناء علی مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر فی الكتاب فی تضاعيف بيان المذهبين فی هذه المسئلة وتقرير دليليهما
كقوله فی مذهب ابی حنيفة رح وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله فی مذهبهما لانه عساه يلجئ ماله فيفوت
حقهم وقوله فيه ايضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمته بين غرمائه بالحصص يدل قطعا علی ان ليس مدار ما فی
الكتاب علی اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء علی مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله
وتلك الاقوال المذكورة فی الكتاب صريحة فی ظهور ماله بل مدار ما فی الكتاب علی اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة
مبتدأة غير مبنية علی مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفی فالجواب ان يقال ليس المراد بالمفلس فی قوله اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه معناه الحقيقی بل المراد به اما من يدعی الافلاس فيتناول الغنی ايضا اذ الظاهر ان المديون الذی لا يؤدی
دينه يدعی الافلاس وان كان غنيا فی نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك ان الغنی الذی لا يؤدی دينه حاله فی
عدم اداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة (ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتی لا يضر



بالغرماء لان الحجر علی السفيه انما جوزناه نظرا له وفی هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنی قولهما
منعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه
وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتی
يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضی منابه كما فی الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع
ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف وان صح البيع
كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا وان كان دينه دراهم وله دراهم
قضی القاضی بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضی ان يعينه) قوله ومنعه من البيع والتصرف
والاقرار حتی لا يضر بالغرماء الخ اقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع انهما من جنس التصرف ايضا غير واضح والعهدة فی
ذلك علی القدوری لان هذه العبارة عبارة القدوری والمصنف رح معبر عنه ولكنه لو اخلهما بتصرف لكان اصلح كما لا يخفی (و
ان كان دينه دراهم وله دنانير او علی ضد ذلك باعها القاضی فی دينه وهذا عند ابی حنيفة استحسان والقياس
ان لا يبيعه كما فی العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان فی الثمنية
والمالية مختلفان فی الصورة فبالنظر الی الاتحاد يثبت للقاضی ولاية التصرف وبالنظر الی الاختلاف
يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها
اما النقود فوسائل فافترقا ويباع فی الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه
من المسارعة الی قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه و
يباع الباقی لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس فان اقر فی حال الحجر
باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار
لغيرهم) قوله وهذا عند ابی حنيفة رح استحسانا الخ قال كثير من الشراح انما خص ابا حنيفة رح بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة
ترد علی قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضی علی المديون فی العروض وكان ينبغی ان لا يجوز فی النقدين ايضا لانه نوع من البيع
وهو بيع الصرف انتهی اقول ما ذكروه انما يتم ان لو كان عبارة المصنف رح وهذا عند ابی حنيفة رح بدون ذكر قوله استحسانا و
اما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع فی كلام المصنف رح فقد كان ذلك مخصوصا بابی حنيفة رحمه الله فی الحقيقة فان
كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول ابی حنيفة رح فقط واما عندهما فيجوز بيع النقدين
بطريق القياس فلا احتياج الی الاعتذار تدبر (بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر
بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر) قوله بخلاف الاستهلاك قال جماعة من الشراح
قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعنی انه اذا استهلك مال الغير فی حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل
قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهی كلامهم اقول فی تفسيرهم نوع خلل اذ فی صورة استهلاك مال الغير
ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة علی قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذة بذلك مع
قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء صريح المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام فی استدراك
اول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال فی شرح قول المصنف رح بخلاف

الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه اسوة للغرماء بلا خلاف انتهى وماذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهى (قال وينفق على المفلس من ماله و على زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء) قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار الخ اقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا اظهر لان قوله من ماله يابى ارادتها قطعا وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على احد التوجيهين الذين ذكرتهما فيما من قبل فتذكر (قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها) قوله فان لم يعرف للمفلس مال الخ اقول كان لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة انتهى وقد ترك المصنف رح في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف رح عند كتب هذه المسئلة في الهداية لا يعرى الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية (الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطيها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي) قوله الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له الخ قوله الى ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله لوجوب النظر الى الميسرة تعليل لذلك واقول كان اولى والاظهر ان يقدم المصنف رح قوله الى ان قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب ادب القاضي لئلا يعترض كلام نفسه اثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال او ان يترك قوله الى ان قال ويقول قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون ملقا كما ذكره تبصر تفهم (قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رح لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة



وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس فيه ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها) قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة الخ اقول القائل ان يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوهم لزوم الاستواء فيما اخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة وقضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطى للعين حكم الدين والله اعلم) قوله لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز الخ قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما انه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الى آخره لبيان صحة القياس فليتأمل انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد ان يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم ان يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غيره عقد المعاوضة ايضا ولم يقل به احد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف رح صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بان الجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل اطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعي وغيرهم

## كتاب الماذون

ايراد كتاب الماذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا ايضا ذكرا وبالتناسب (الاذن هو الاعلام لغة) اقول لم ار قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر سيظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشائخ في كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف رح ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذان من اذن له في

الشیٔ اذنا ای اباحة کما صرحوا به فی القاموس بما یلازمه عادة من الاعلام ولا یخلو عن نوع الایماء الیه ماذکره صاحب النهایة حیث
قال یحتاج ههنا الی بیان الاذن لغة وشرعا ثم قال اما اللغة فالاذن فی الشیٔ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاق فیما حجر عنه من اذن له
فی الشیٔ اذنا انتهی ثم ان من المستبعد ههنا ماذکره الامام الزیلعی رح حیث قال فی التبیین والاذن فی اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو
الاعلام بدخول الوقت انتهی وکذا ماذکره صاحب البدائع حیث قال فی فصل شرائط الرکن من کتاب الماذون لان الاذن
هو الاعلام قال اللہ تعالی واذان من اللہ ورسوله ای اعلام انتهی فان مدار ماذکراه اتحاد الاذن والاذان حیث استشهدا بمعنی احدهما
علی معنی الآخر ولیس کذلک قطعا والاظهر فی تفسیر معنی الاذن لغة ماذکره شیخ الاسلام خواهر زاده فی مبسوطه حیث قال اما
الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فکان اطلاقا عن شیٔ ای شیٔ کان انتهی (وفی الشرع فک الحجر واسقاط
الحق عندنا) قوله وفی الشرع الخ قال فی غایة البیان یعنی ان العبد کان محجورا عن التصرف لحق المولی فاذا اذن له المولی اسقط حق نفسه انتهی
وقال فی النهایة ای اذن المولی لعبده فی التجارة واسقاط الحق نفسه الذی کان العبد لاجله محجورا عن التصرف فی مال المولی
قبل اذنه وبالاذن اسقط حق نفسه عنده انتهی وقال فی العنایة فان المولی اذا اذن عبده فی التجارة اسقط حق نفسه الذی کان
العبد لاجله محجورا عن التصرف فی مال المولی قبل اذنه انتهی وقال تاج الشریعة لانه کان للمولی حق فی رقبته العبد فقبل الاذن
لا یتعلق الدیون برقبته ولا بکسبه وبعد الاذن یسقط هذا الحق ویتعلق الدیون بهما انتهی وقال فی الکفایة وفی الشرع فک
الحجر واسقاط الحق وهو حق المولی مالیة الکسب والرقبة فانه یمنع تعلق حق الغیر بهما صونا لحق المولی وانه بالاذن اسقط حقه
انتهی فتلخص من المجموع ان المراد بالحق ههنا حق المولی وقد افصح عنه المصنف رح فیما بعد حیث قال والحجارة عن التصرف لحق المولی
لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدین برقبته او بکسبه وذلک مال المولی فلا بد من اذن کیلا یبطل حقه من غیر رضاه انتهی قال صاحب
الاصلاح والایضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولی لانه مع اختصاصه باذن العبد غیر صحیح لان حق المولی لا یسقط بالاذن
ولذلک یأخذ من کسبه جبرا علی ماسیأتی والمسقط هو المولی ان کان الماذون رقیقا والولی ان کان صبیا انتهی کلامه اقول فیه
نظر اما اولا فلان کون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ینافی کونه حق المولی بل یقتضیه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولی
لا حق غیره فان معنی حق المنع حق هو منع عن تصرف علی ان تکون الاضافة بیانیة ومعنی حق المولی حق هو للمولی علی ان یکون
الاضافة بمعنی اللام ولا ریب ان الحق الذی هو منع العبد عن التصرف انما یکون للمولی لا لغیره فکان حقا له قطعا واما ثانیا فلانه ان اراد بقوله
لان حق المولی لا یسقط بالاذن انه لا یسقط به اصلا فممنوع کیف وسیأتی انه اذا لزمته دیون محیط بکسبه ورقبته تعلقت بکسبه ورقبته
جمیعا فیباع کل ذلک للغرماء فیسقط حق المولی فی کسبه ورقبته جمیعا لا محالة وان اراد بذلک انه لا یسقط به فی الجملة کما اذا لم یحط
بهما دیون فمسلم لکن لا یجدی نفعا اذ لیس المراد باسقاط الحق فی معنی الاذن شرعا اسقاطه بالکلیة البتة بل المراد به اسقاطه فی
الجملة وذلک یتحقق فی صورة احاطة الدین بل فی صورة عدم احاطته ایضا بالنظر الی البعض الساقط بمقدار الدین کما لا یخفی
واما اختصاص حق المولی باذن العبد فلا یضر اذ المقصود بالذات فی کتاب الماذون بیان اذن العبد وانما یبین فیه اذن الصبی
ایضا علی سبیل التبعیة فیجوز ان یکون مدار ماذکره تفسیر الاذن فی الشرع علی ما هو المقصود بالذات فی کتاب الماذون ثم ان
صاحب النهایة قال واما حکمه فما هو التفسیر الشرعی وهو فک الحجر الثابت بالرق شرعا عما یتناوله الاذن لا الانابة والتوکیل
لان حکم الشیٔ ما ثبت به والثابت بالاذن فی التجارة فک الحجر عن التجارة وقال هذا ماذکره فی المبسوط والایضاح والذخیرة
والمغنی وغیرها انتهی وقد اقتفی اثره الامام الزیلعی حیث قال فی التبیین وحکمه هو التفسیر الشرعی وهو ما ذکرنا من فک الحجر انتهی



اقول کون حکم الاذن ما هو تفسیره الشرعی غیر معقول المعنی لان حکم الشیٔ علی ما تقرر عندهم انما هو اثره الثابت به المترتب علیه وقد اشار
الیه صاحب النهایة ایضا بقوله لان حکم الشیٔ ما ثبت به ولا یذهب علی ذی مسکة ان ما ثبت بالشیٔ ویصیر اثرا مترتبا علیه لا یصلح
ان یکون تفسیرا لذلک الشیٔ محمولا علیه بالمواطأة ثم اقول لیس المذکور فی الذخیرة وغیرها ان حکمه ما هو تفسیره الشرعی بل المذکور فیها
هکذا واما بیان حکمه فنقول حکمه شرعا عندنا فک الحجر الثابت بالرق شرعا عما یتناوله الاذن لا الانابة والتوکیل لان حکم الشیٔ ما ثبت به
والثابت فی الاذن فی التجارة فک الحجر عن التجارة انتهی فیجوز ان یکون المراد بفک الحجر المذکور فیها ما هو مصدر من المبنی للمفعول
فیؤول الی معنی انفکاک الحجر ویصیر صفة للحجر ولا شک ان المراد بفک الحجر المذکور فی تفسیر الاذن شرعا ما هو مصدر من المبنی للفاعل
وصفة للاذن فیصح ان یکون المذکور فی تلک الکتب حکما للاذن الشرعی اذ لا ریب ان الانفکاک اثر ثابت بالفک کالانکسار
مع الکسر ثم ان الاظهر فی بیان حکم الاذن ما ذکره صاحب غایة البیان وعزاه الی التحفة حیث قال واما حکمه فملک الماذون ما کان
من قبیل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملکه ما لم یکن کذلک والی هذا اشار فی التحفة وذلک لان حکم الشیٔ ما ثبت بالشیٔ
والثابت بالاذن ما قلنا وکان حکما له الی هنا کلامه (والعبد بعد ذلک یتصرف لنفسه باهلیته لانه بعد الرق بقی اهلا
للتصرف بلسانه الناطق وعقله الممیز وانحجاره عن التصرف لحق المولی لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدین
برقبته او کسبه وذلک مال المولی فلا بد من اذنه کیلا یبطل حقه من غیر رضاه) قوله والعبد بعد ذلک یتصرف لنفسه
باهلیته الخ فان قیل الماذون عدیم الاهلیة لحکم التصرف وهو الملک فینبغی ان لا یکون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعیة
انما تراد لحکمها وهو لیس باهل لذلک فلا یکون اهلا لسببه اجیب بان حکم التصرف ملک الید والرقیق اهل لذلک الا یری ان
استحقاق ملک الید یثبت للمکاتب مع قیام الرق فیه وهذا لانه مع الرق اهل للحاجة فیکون اهلا لقضائها وادنی طرق قضائها
ملک الید فهو الحکم الاصلی للتصرف وملک العین شرع للتوصل الیه فما هو الحکم الاصلی یثبت للعبد وما وراء ذلک تخلفه المولی
فیه وهو نظیر من اشتری شیئا علی ان البائع بالخیار ثم مات فمتی اختار البائع البیع تثبت ملک العین للوارث علی سبیل
الخلافة عن المورث تتصرف باشره المورث بنفسه کذا ذکر فی کثیر من شروح هذا الکتاب وفی عامة کتب الاصول اقول
فیه بحث لانهم ان ارادوا ان الرقیق له ملک الید باهلیته الاصلیة الذاتیة کما هو المتبادر من کلامهم یشکل ما تقرر عندهم من ان المکاتب
مملوک لمولاه رقبة لا یدا والمدبر مملوک له یدا لا رقبة والقن مملوک له رقبة ویدا فان الرقیق اذا کان مالکا یده فکیف یکون مملوکا
لمولاه یدا فی صورة ان کان قنا او مدبرا وان ارادوا ان له ملک الید باهلیته المکتسبة من مولاه بالاذن او الکتابة فلا یتم التقریب
اذ کلام المصنف رح وغیره صریح فی ان اصل اصحابنا ان العبد الماذون له متصرف لنفسه باهلیته الاصلیة الثابتة له بلسانه
الناطق وعقله الممیز فلیتأمل فی التوجیه (ولهذا لا یرجع بما لحقه من العهدة علی المولی) قوله ولهذا الخ قال فی العنایة صحح المصنف رح
کونه یتصرف باهلیة نفسه بقوله ولهذا لا یرجع بما لحقه من العهدة علی المولی وهذا لان اول تصرف یباشره العبد الماذون هو الشراء لانه
لا مال له حتی یبیع والعبد فی الشراء متصرف لنفسه لا للمولی لانه یتصرف فی ذمته بایجاب الثمن فیها حتی لو امتنع عن الاداء حال
الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر علی نفسه بالقصاص صح وان کذبه المولی فکان الشراء حقا له وهذا المعنی
یقتضی نفاذ تصرفاته قبل الاذن ایضا لکن شرطنا اذن المولی دفعا للضرر عنه بغیر رضاه انتهی وهذا حاصل ما ذکره صاحب النهایة
نقلا عن الذخیرة اقول یرد علی ظاهر قوله لان اول تصرف یباشره العبد الماذون الشراء لانه لا مال له حتی یبیع انه لا یلزم من
ان لا یکون له مال یبیعه ان یکون اول تصرفه الشراء لجواز ان یکون اول تصرفه اخذ المضاربة او ایجاد نفسه فانه یملک کل

واحد من ذینک التصرفین کما سیاتی فی الکتاب ولا یقتضی شیئ منهما ان یکون له مال کما لا یخفی ویمکن ان یقال یجوز بناء قوله المزبور
علی ما هو الاصل فی التجارة وما هو الغالب وقوعا فیها ولا یخفی ان الاصل فی التجارة هو البیع والشراء کما سیاتی التصریح به من المصنف
وانما هو الغالب وقوعا فی باب التجارة فعلی مقتضی ذلک البناء اذا لم یکن للعبد الماذون فی اول تصرفه مال یبیعه یتعین له الشراء
ثم وقال بعض الفضلاء فی حاشیته علی قول صاحب العنایة لان اول تصرف یباشره العبد الماذون الشراء بل اول تصرف
یباشره مواجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مواجرة نفسه غیر جائزة عنده فی احد قولیه علی ما سیجئ انتهى اقول فی کل من
ایراده وجوابه سقاطة اما فی الاول فلانه قال بل اول تصرف یباشره مواجرة نفسه بطریق الجزم وکان الظاهر ان یقول بل
یجوز ان یکون اول تصرف یباشره مواجرة نفسه علی ان قوله مواجرة نفسه خطأ علی ما ذکر فی الاساس والمغرب وکان الصواب ان یقول بدل
ذلک ایجاد نفسه کما قلت فیما مر واما فی الثانی فلانا بصدد اثبات ما قلنا ان العبد الماذون له تصرف بعد الاذن لنفسه باهلیته
لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم یقع التصریح من المصنف رح ههنا بما قاله الخصم اصلا فکیف یصح ان تحمل المقدمة المذکورة
علی مذهب الخصم فی احد قولیه دون مذهبنا علی انها لو حملت علی مذهب الخصم لم تسلم ایضا لجواز ان یکون اول تصرف یباشره
اخذ المضاربة کما ذکرنا من قبل والخصم لا ینکر جواز ذلک فلم یقل الحمل علی مذهبه فالذی یمکن فی الجواب ما قدمناه لا غیر (ولهذا
لا یقبل التوقیت حتی لو اذن لعبده یوما کان ماذونا ابدا حتی یحجر علیه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن
کما یثبت بالصریح یثبت بالدلالة کما اذا رای عبده یبیع ویشتری فسکت یصیر ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعی رح)
قوله ولهذا لا یقبل التاقیت الخ قال صاحب العنایة وصحح المصنف رح کونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا یقبل التاقیت ثم قال فان
قیل قوله فک الحجر اسقاط الحق مذکور فی حیز التعریف فکیف جاز الاستدلال علیه فالجواب من وجهین احدهما انه لیس باستدلال
وانما هو تصحیح النقل بما یدل علی انه عندنا معرف بذلک کما اشرنا الیه والثانی ان حکمه الشرعی هو تعریفه فکان الاستدلال علیه
من حیث کونه حکما لا من حیث کونه تعریفا انتهى کلامه اقول فی کل من وجهی الجواب نظر اما فی الاول فلان تصحیح النقل بما یدل
علی انه عندنا معرف بذلک عین الاستدلال فان ما یدل علی ذلک هو الدلیل وتصحیح النقل الثانی هو الاستدلال فما معنی قوله
انه لیس باستدلال واما فی الثانی فلان کون حکمه الشرعی هو تعریفه محال لا یکاد یصح لان حکم الشیئ ما هو خارج عنه مباین له وان کان
اثرا مترتبا علیه وتعریف الشیئ ما هو محمول علیه بالمواطاة متحد به فی الذات فانی یکون احدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلک من قبل
والحق فی الجواب ان یقال لیس الاستدلال المذکور علی نفس التعریف حتی یرد ان التعریف لا یقبل الاستدلال علیه لانه
تصور والتصور لا یکتسب من التصدیق بل علی الحکم الضمنی کان یقال هذا التعریف صحیح وهذا التعریف مطابق لاصولنا ونحو
ذلک ولا یخفی ان تلک الاحکام تصدیقات تقبل الاستدلال علیها قطعا ونظیر هذا ما حققوا فی فنه من ان المنع والنقض و
المعارضة فی التعریفات انما تتوجه الی الاحکام الضمنیة لا الی نفس التعریفات تدبر ترشد (ولا فرق بین ان یبیع عینا مملوکا
للمولی او لاجنبی باذنه او بغیر اذنه بیعا صحیحا او فاسدا) قوله ولا فرق بین ان یبیع عینا الخ قال الامام الزیلعی فی التبیین
بعد ان قال مثل هذا کذا ذکر صاحب الهدایة وغیره وذکر قاضی خان فی فتاواه اذا رای الراهن یبیع الرهن فسکت لا یبطل
الرهن انتهى اقول کانه فهم المخالفة بین ما ذکره صاحب الهدایة وغیره وبین ما ذکره قاضی خان فی فتاواه ولیس الامر کما
فهمه اذ الظاهر ان مراد الامام قاضی خان ان سکوت المالک فیما اذا رای عبده یبیع عینا من اعیان ماله لا یصیر اذنا فی حق
ذلک التصرف الذی صادفه السکوت لا فی حق سائر تصرفات ذلک العبد فی باب التجارة مطلقا ارشد الیه قوله وکذا المرتهن



اذا رای الراهن یبیع الرهن فسکت لا یبطل الرهن فان المراد هناک عدم صحة التصرف الذی صادفه السکوت بلا ریب دلالة فی کلام
صاحب الهدایة وغیره علی کون السکوت اذنا فی حق التصرف الذی صادفه السکوت فیما اذا باع عینا مملوکا للمولی بغیر رضاه
بل خلافه مصرح به فی اکثر الشروح وعامة المعتبرات قال فی البدائع واما الاذن بطریق الدلالة فنحو ان یری عبده یبیع ویشتری فلا
ینهاه ویصیر ماذونا فی التجارة عندنا الا فی البیع الذی صادفه السکوت واما فی الشراء فیصیر ماذونا وعند زفر والشافعی رح لا یصیر ماذونا
انتهى وقال فی المحیط البرهانی قال محمد رحمه الله فی الاصل اذا نظر الرجل الی عبده وهو یبیع ویشتری ولم ینهه عن ذلک یصیر العبد
ماذونا فی التجارة عند علمائنا الثلثة واذا رای عبده یبیع عینا من اعیان ماله فسکت یصیر ماذونا فی التجارة ولکن لا یجوز بیعه مال
المولی قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رای المولی عبده المسلم یشتری شیئا بالخمر والخنزیر فسکت یصیر العبد ماذونا فی التجارة وان
کان لا یجوز هذا الشراء کذا ههنا انتهى فکیف یجوز حمل کلام قاضی خان فی فتاواه علی خلاف ما نص علیه محمد رحمه الله فی الاصل بقوله
واذا رای عبده یبیع عینا من اعیان ماله فسکت یصیر ماذونا فی التجارة فالوجه ان یحمل علی مضمون قوله ولکن لا یجوز بیعه مال المولی
کما بیناه (لان کل من رآه یظنه ماذونا له فیها فیعاقده فیتضرر به لو لم یکن ماذونا له ولو لم یکن المولی راضیا به لمنعه
دفعا للضرر عنهم واذا اذن المولی لعبده فی التجارة اذنا عاما جاز تصرفه فی سائر التجارات ومعنی هذه المسئلة ان یقول
له اذنت لک فی التجارة ولا یقیده ووجهه ان التجارة اسم عام یتناول الجنس فیبیع ویشتری ما بدا له من انواع
الاعیان لانه اصل التجارة ولو باع او اشتری بالغبن الیسیر فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وکذا بالفاحش عند
ابی حنیفة رح خلافا لهما هما یقولان ان البیع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتی اعتبر من المریض من ثلث ماله فلا
ینتظمه الاذن کالهبة وله انه تجارة والعبد متصرف باهلیة نفسه فصار کالحر وعلی هذا الخلاف الصبی الماذون ولو
حابی فی مرض موته یعتبر من جمیع ماله اذا لم یکن علیه دین وان کان فمن جمیع ما بقی لان الاقتصار فی الحر علی
الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد واذا کان الدین محیطا بما فی یده یقال للمشتری ادّ جمیع المحاباة والا فاردد
البیع کما فی الحر وله ان یسلم ویقبل السلم لانه تجارة وله ان یوکل بالبیع والشراء لانه قد لا یتفرغ بنفسه ویرهن ویرتهن لانهما
من توابع التجارة فانهما ایفاء واستیفاء ویملک ان یتقبل الارض ویستاجر الاجراء والبیوت لان کل ذلک من
صنیع التجار ویاخذ الارض مزارعة لان فیه تحصیل الربح ویشتری طعاما فیزرعه فی ارضه لانه یقصد به الربح قال
علیه السلام الزارع یتاجر ربه وله ان یشارک شرکة عنان ویدفع المال مضاربة ویاخذها لانه من عادة التجار
وله ان یواجر نفسه عندنا خلافا للشافعی رح وهو یقول لا یملک العقد علی نفسه فکذا علی منافعه لانها تابعة لها
ولنا ان نفسه راس ماله فیملک التصرف فیها الا اذا کان یتضمن ابطال الاذن کالبیع لانه ینحجر به والرهن لانه یحبس
فلا یحصل مقصود المولی اما الاجارة لا ینحجر به ویحصل به المقصود وهو الربح فیملک فان اذن له فی نوع منها دون غیره
فهو ماذون فی جمیعها وقال زفر والشافعی رح لا یکون ماذونا الا فی ذلک النوع) قوله لان کل من رآه یظنه ماذونا له فیها
الخ قال صاحب العنایة فی تفصیل هذا التعلیل وقلنا جعل سکوته حجة لانه موضع بیان اذ الناس یعاملون العبد حین علمهم بسکوت
المولی ومعاملتهم قد تفضی الی لحوق دیون علیه واذا لم یکن ماذونا تتاخر المطالبة الی ما بعد العتق وقد یعتق وقد لا یعتق وفی ذلک اضرار
بالمسلمین باتواء حقهم ولا ضرار فی الاسلام ولیس للمولی فیه ضرر متحقق لان الدین قد یلحقه وقد لا یلحقه فکان موضع بیان انه راض به اولا
والسکوت فی موضع الحاجة الی البیان بیان انتهى واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم علی قوله والناس یعاملون العبد حین

علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما ان يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائرا
انتهى اقول ليس هذا بوارد لان العاقل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه
عنه ويؤدبه عليه وقد صرح به فى الكافى وغيره حيث قالوا ولنا ان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه
عليه فاذا لم ينه علم انه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه حملا لفعله
على ما يقتضيه الشرع والعرف كما فى سكوت النبى عليه الصلوة والسلام عند امر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع انتهى
فبعد ذلك كيف يحتاج الى السوال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سواله على حماقته وهل يكون النظائر لما عالمه دون خلافه
ثم اقول بقى شئ فى تقرير صاحب العناية وهو انه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على ان الدين قد يلحقه وقد
لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع انه ايضا غير متحقق بناء على ان الديون قد يلحقه وقد لا يلحقه فى الفرق والرجحان ولا بد
من البيان ثم اقول فى العناية فان قال عين ذلك التصرف الذى رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا راى اجنبيا
يبيع من ماله فسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا راى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن
اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر فى التصرف الذى رآه تحقق بازالة ملكه عما يبيعه فى الحال ولا يثبت وليس فى ثبوت الاذن فى
غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم بكونه اذنا بالنظر الى متحقق
وهو الجواب عن بيع الاجنبى باله وفى الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده
من محل آخر فكان فى ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه
عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد باق فكان اقوى واما الرقيق عبدا كان
او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير
اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد فى نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من
اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وامكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لان
الكلام فى ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو فى ان سكوته اجازة اولا ولعل الصواب ان يقال ان
فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى ان النظر غير وارد لان كون
السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا انتهى اقول كانه لم يفهم مراد من اورد النظر اذ الكلام
فى ان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو فى ان نكاح الرقيق هل فيه ضرر ام لا اذ لا شك انه موقوف على اذن
المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فحيث احتمل ان يكون سكوته اذنا فى صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون
نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو اول
الكلام الذى طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه فى اصل السوال وهذا هو المراد بقوله فى النظر وانما هو فى ان سكوته اجازة
اولا تامل تقف (وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه
يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه كالمضارب)
قوله وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر الخ من التجارة بعد ان اذن له فى نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما
اذا سكت عن النهى عن التصرف فى نوع آخر منها بعد ان اذن له فى نوع مخصوص منها والحاصل انه سواء نهى عن ذلك النوع او سكت



عنه يكون مأذونا فى جميع التجارات خلافا لزفر رح والشافعى رح كما ذكر فى الايضاح ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية
فى هذا المقام وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع انتهى اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا يدل عليه
لفظ آخر فى قول المصنف رح اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر دون ما اباه ذلك عما قاله صاحب العناية قطعا وكيف ومسئلة
الاذن العام مرت مع متفرعاتها فى الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن فى نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الاذن
العام ههنا كما لا يخفى (ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون
نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف فى مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان
له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وان اذن له فى شئ بعينه فليس بمأذون لانه
استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام
بخلاف ما اذا قال اد الى الغلة كل شهر كذا او قال اد الى الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب
او قال له اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير مأذونا فى الانواع واقرار المأذون بالديون
والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق
بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار فى صحته وان كان فى مرضه يقدم دين الصحة كما فى الحر
بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور فى حقه وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا
يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن
التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبى المأذون والمضارب والشريك
شركة عنان والاب والوصى ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هى مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل
بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق
الى المولى لان الوكيل فى الكتابة سفير) قوله ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر الخ اقول لقائل ان يقول ان اريد انه اسقاط
الحق بجملته وفك الحجر بذهنه فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سياتى
فى الكتاب وان اريد انه اسقاط الحق وفك الحجر فى بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه
وفكه فى جميع التصرفات حتى يلزم ان يكون مأذونا له فى جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر فى
بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له فى جميع هذا الجنس لا فى جميع انواع اجناس التصرفات
فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فللقائل ان يقول ان اريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا يتخصص
بذلك اذا اطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدى طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان اريد بذلك انه لا يتخصص بنوع دون
نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف وهل لا يتوقف تمامه على اول المسئلة وهو ان يكون الاذن فى نوع من التجارة اذنا فى
جميعها فيؤدى الى المصادرة على المطلوب فان قلت مثل صاحب العناية قول المصنف رح فلا يتخصص بنوع دون
نوع بقوله لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا فى ملك الغير ان لو اطلق الاذن اولا فيتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق
وظهر مالكية العبد فى التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك اذ الكلام فيما اذا قيده اولا فقال اذنت
لك فى هذا النوع فقط ولا شك ان مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لاوله حكم مستقل وآخره الذى هو قيده حكم آخر بل المجموع

حكم واحد تيم اوله بآخره فمن اين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل حدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن في النكاح فانه
فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه
لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه وكانت
الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه وكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد يقدم ان
الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف بجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون
النحو اجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله ان يدفع وهو التوكيل به حتى ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح
يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهلية ومالكية فليس السؤال واردا الى هنا كلامه اقول ان قوله وفي
الجملة الى آخره ليس بشيء اما اولا فلان حاصل السؤال انه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد لغير ما خصه به فينبغي ان لا يجوز
ولا يخفى ان ثبوت كون العبد متصرفا باهلية ومالكية لا يدفع ورود ذلك اذ لا شك ان المتصرف باهلية ومالكية لا يملك
الاضرار في الاسلام واما ثانيا فلانه يرد السؤال بطريق المعاوضة على ما ثبت بالدليل لا محالة والا يلزم ان ينسد باب
المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما اقام عليه الخصم الدليل مع انها طريق مقبول لم ينكره احد ولا شك ان
السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في اوائل جوابه دون هذا (قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك
الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل
كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام
او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا
فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه
على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا
بأس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة
وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب
ابتداء بخلاف ما اذا احط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء
لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين قد وجب له لانه من عادة التجار وديونه متعلقة برقبته يباع
للغرماء) قوله وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الخ اي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى فان قيل ما وجه البيع على قول
ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر
عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة
بالدين في جواز ان يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك لغير رضى
الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة اقول في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال
اذ للسائل ان يعيد الكلام في كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على اصل ابي حنيفة
ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم
مقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى



فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسياق ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو
عدم كونها ملكا لهم فلا ينتقض به اصل ابي حنيفة رح وهو ان لا يرى الحجر بسبب الدين واما كون المولى محجورا عن بيع عبده
المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم ان ينتقض به اصله كما لا يخفى فتأمل (الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رح
لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان
له وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك
لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى
فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) قوله الا ان يفديه المولى الخ قال صاحب
العناية وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور
انتهى اقول فيه بحث لان قوله الا ان يفديه المولى انما يشير الى ان عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء انما يتصور
اذا كان المولى حاضرا بناء على ان اختيار الفداء من الغائب غير متصور واما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فمما لا اشارة في
قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى او نائبه واما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى
او نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما ايضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد
الثنيا في المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك
الصورتين ايضا فمن اين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى
حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى
يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان
كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد انتهى لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف رح الا ان يفديه المولى
كما ادعاه صاحب العناية تدبر (وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة
فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة
فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفي من
الرقبة) وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة
والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق
لاستناده الى الشراء فيلحق به) قوله وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن الخ قال صاحب العناية قوله وهذا اشارة
الى دفع الضرر بيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض وداخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا
تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك ليتوى حقوق الناس وقال
ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله
ويجوز ان يكون بيانا الى آخره وان كان اسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة
داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوي حقوقهم سواء كان سبب الدين
التجارة او غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن او تجارة غير داخلة

تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة واما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة
فبالحمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب واما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبد
المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد الماذون في حق المولى بدخول سببه
تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته ومما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب الكافي دليلنا ههنا حيث
قال ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فيباع رقبة العبد
فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا انه دين واجب على العبد
ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك اما وجوبه على العبد فظاهر واما ظهوره في حق المولى
فلان سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء
كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا اقر المحجور حيث تثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه انتهى كلامه ثم ان
بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الاولى ان يكون قول المصنف رح وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته انتهى وكانه اخذ
هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا اي كون دين تجارته متعلقا برقبته اعتبارا
ان سببه التجارة وهي اي التجارة داخلة تحت الاذن انتهى اقول هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته
اصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر رح والشافعي رح ولو كفى في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخلة
تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى ان العمدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي
قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف رح اياه
بقوله فيتعلق برقبته فالوجه ان تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير و
هذا كله يظهر بالتامل الصادق (قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل
شئ من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع
او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين) قوله ويقسم ثمنه بينهم
بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء
بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب به كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة
اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شئ من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في
ذمته وعدم وفاء الرقبة انتهى كلامه اقول في تقريره خلل فانه ذكر قوله فان بقي عليه شئ من ديونه بطريق الشرطية سيما مع
اداة التفريع بعد ان قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء تعين بقاء شئ من ديونه عليه
فما معنى الشرطية وكان حق التحرير ان يقول فما بقي عليه شئ من ديونه طولب بعد الحرية فانه في موضعه اذ لم يتعين فيما
قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيمه بينهم بالحصص فاحتمل ان يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسنت
الشرطية واداة التفريع كما لا يخفى (او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن
حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله
بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة



فيها وتقدم حقهم فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتاخر حقهم الى ما بعد
العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه
الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر
شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا
الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما
رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر
فيه ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما
من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت
والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته) قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن
حاجة العبد ولم يفرغ الخ وقال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان كالكسب غير متبرع انتهى اقول مداخل بحق مقام بازاده
فان التشبيه بكسب غير متبرع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله العبد من الهبة مع انه يعم تعلق دينه بكسبه
وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه في الصورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة
الاولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يعهد مثله من المصنف رح قط (قال واذا ابق
العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء
وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف
ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب
متيسر) قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها الخ اقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للدلالة اعتبار
عند وجود التصريح بخلافها ينبغي ان لا يصير الآبق محجورا في البقاء ايضا اذ قد وجد الصريح بالاذن من المولى بالابتداء وكانت دلالة
الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي ان لا تعتبر ثم اقول يمكن ان يجاب بان وجود التصريح بالاذن في الابتداء
لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء واما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال
وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز ان ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تامل
(قال واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر
انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان
ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من
قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين
حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد فاذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده من المال
عند ابي حنيفة رح ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال
ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها
لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره

فی حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو الید ولهذا لا یصح اقرار الماذون فیما اخذه المولی من یده والید باقیة
حقیقة وشرط بطلانها بالحجر حکما فراغها عن حاجته واقراره دلیل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولی من یده قبل
الاقرار لان ید المولی ثابتة حقیقة وحکما فلا تبطل باقراره وکذا ملکه ثابت فی رقبته فلا یبطل باقراره من غیر رضاه
وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملک علی ما عرف) قوله لهما ان المصحح لاقراره ان کان الاذن الخ
قال صاحب النهایة فان قلت یشکل علی هذا ما ذکره فی ودیعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا ودیعة ثم غاب لم یکن لمولاه ان یاخذ
الودیعة تاجرا کان العبد او محجورا علیه فلو لم یکن لید المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما اودعه بمنزلة ثوب هبت به الریح والقته فی حجر رجل
لان فائدة عدم اعتبار الید هی ان یکون وجودها وعدمها بمنزلة ولم یجعل کذلک فعلم بهذا ان لیده اعتبارا وان کان محجورا والدلیل علی هذا
ما ذکره الامام الاستروشنی فی ودیعة احکام الصغار فی تعلیل هذه المسئلة فقال لان العبد آدمی له ید حکمیة فلا یکون لمولاه ان یاخذه من
المودع ما لم یحضر العبد قلت تلک المسئلة مأولة ذکر تاویلها فی الفصل السادس عشر من ودیعة الذخیرة فقال وهذا اذا لم یعلم المودع ان الودیعة
کسب العبد واما اذا علم انه کسبه فللمولی حق الاخذ وکذلک اذا لم یعلم انها کسب العبد ولکن اعلم انها مال المولی کان للمولی ان یاخذ الی هنا
کلام صاحب النهایة وقد اقتفی اثره صاحب العنایة فی ذکر هذا السؤال والجواب لکن بعبارة اخری اخصر من الاولی اقول ذلک
الجواب لا یسمن ولا یغنی من جوع فان تاویل تلک المسئلة بما ذکر مع کونه ممایاباه قطعا ما ذکره الامام الاستروشنی فی ودیعة احکام الصغار فی
تعلیل تلک المسئلة بما مر فی آخر السؤال لا یجدی نفعا فی دفع الاشکال الناشی من المقدمة القائلة ان ید المحجور غیر معتبرة اذ قد تقرر بعد
ذلک التاویل ان فی صورة ان لا یعلم المودع ان الودیعة التی اودعها العبد المحجور کسب ذلک العبد او مال مولاه لیس للمولی ان
یاخذها بل انما یاخذها ذلک العبد فقد یتحقق ان یکون للمحجور ید معتبرة فی بعض الصور فلم یکن فی تلک المقدمة کلیة وما لم یکن فیها کلیة
لا یثبت مدعی الامامین فی مسئلتنا فلا یتم التقریب لا یقال یجوز ان یکون المراد بقولهما فی التعلیل لان ید المحجور غیر معتبرة ان یده غیر
معتبرة فی شیء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الکلیة یکفی فی اثبات مدعاهما ههنا لانا نقول هذا القدر من
الکلیة ایضا غیر متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بان ما فی یده امانة لغیره ففی هذه الصورة اذا لم یعلم
ان ما فی یده کسبه او مال مولاه فلا جرم ان یکون یده اذ ذاک معتبرة علی مقتضی ما مر من مسئلة المبسوط وتقرر بعد تاویلها من تلک الصور
ایضا اقراره بعد الحجر بان ما فی یده غصب من غیره ففی هذه الصورة ایضا اذا لم یعلم انه کسبه او مال مولاه یکون یده معتبرة علی مقتضی
ذلک ان لم یکن عین المغصوب متغیرا بفعله بان لم یزل اسمه واعظم منافعه اذ لا یزول عنه حینئذ ملک المغصوب منه کما سیجئ فی کتاب
الغصب فلا یتصور ان یکون من کسب ذی الید تدبر تفهم (فلا یبقی ما ثبت بحکم الملک ولهذا لم یکن خصما فیما باشره
قبل البیع) قوله فلا یبقی ما ثبت بحکم الملک الخ قال فی العنایة یعنی به الاذن فانه ثبت للعبد بحکم انه ملک المولی وقد زال ذلک الملک
انتهی وعلی هذا المعنی استخراج سائر الشراح ایضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذکره صاحب العنایة فانه قال ای لا یبقی للعبد الماذون
بعد بیعه ما ثبت له من الاذن قبل البیع بحکم انه ملک المولی فلا جرم لم یصح اقراره بما فی یده بعد البیع لعدم بقاء الاذن انتهی اقول فیه
نظر لان عدم بقاء الاذن متقرر فیما نحن فیه ایضا وهو ما اذا حجر المولی علی الماذون له بدون ان یبیعه والمصنف رح ههنا بصدد
الفرق من قبل ابی حنیفة رح بین ما نحن فیه وبین ما اذا باعه فلو کان مراده بما ثبت بحکم الملک فی قوله فلا یبقی ما ثبت بحکم الملک هو
الاذن لما کان لذکر هذه المقدمة اعنی قوله فلا یبقی ما ثبت بحکم الملک فائدة ههنا اصلا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون
ما نحن فیه فیلزم ان یکون قوله المذکور لغوا من الکلام ولا ینبغی ذلک لمثل المصنف رح والوجه عندی ان یکون مراده بما ثبت بحکم الملک



فی قوله المزبور یده الحکمیة کما هو المناسب لقوله فیما قبل والید باقیة حقیقة وشرط بطلانها بالحجر حکما فراغها عن حاجته ولما کان
تبدل الملک فیما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم یبق ما ثبت بحکم الملک الاول من یده الحکمیة بخلاف ما نحن فیه فان الید
فیه باقیة حقیقة وحکما ما لم تفرغ عن حاجته وعلی هذا المعنی تظهر فائدة هاتیک المقدمة جدا فتامل وکن الحاکم الفیصل (قال واذا
لزمته دیون تحیط بماله ورقبته لم یملک المولی ما فی یده ولو اعتق من کسبه عبدا لم یعتق عند ابی حنیفة رح و
قالا یملک ما فی یده ویعتق وعلیه قیمته لانه وجد سبب الملک فی کسبه وهو ملک الرقبة ولهذا یملک اعتاقه
ووطی الجاریة الماذون لها وهذا آیة کماله بخلاف الوارث لانه یثبت الملک له نظرا للمورث والنظر فی ضده
عند احاطة الدین بترکته اما ملک المولی ما ثبت نظرا للعبد وله ان الملک للمولی انما یثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته کملک الوارث علی ما قررناه والمحیط به الدین مشغول بها فلا یخلفه فیه واذا عرف ثبوت
الملک وعدمه فالعتق فرعه واذا نفذ عندهما یضمن قیمته للغرماء لتعلق حقهم به) قوله واذا لزمته دیون تحیط بماله ورقبته الخ
قال فی العنایة اذا لزمته دیون فلا یخلو اما ان تحیط بماله ورقبته او لا تحیط بشیء من ذلک او احاط بماله دون رقبته فالاول کما اذا اذن
للعبد فاشتری عبدا یساوی الفا والماذون ایضا یساوی الفا وعلیه الفا درهم والثانی ان یکون علیه خمسمائة درهم والثالث ان
یکون علیه الف درهم انتهی اقول لقائل ان یقول هذه القسمة لیست مماصرة اذ ههنا احتمال قسم رابع وهو ان یحیط برقبته دون
ماله علی عکس القسم الثالث فالجواب انه قد تقرر فیما مر انه یبدأ بکسب الماذون المدیون فی الاستیفاء وعند انعدام کسبه یستوفی
من رقبته فعلم منه ان تعلق الدین بکسبه کان مقدما علی تعلقه برقبته فلم یتصور فی الشرع ان تحیط دیونه برقبته دون ماله الذی
هو کسبه وکانت الاقسام التی یمکن تحققها فی الشرع منحصرة فی الثلاثة فیما اذا لزمته دیون ولهذا لم یلتفت الی قسم آخر هو احتمال
عقلی محض لا تحقق له فی الشرع (قال وان لم یکن الدین محیطا بماله جاز عتقه فی قولهم جمیعا اما عندهما فظاهر وکذا عنده
لانه لا یعری عن قلیله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بکسبه فیختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا یمنع ملک
الوارث والمستغرق یمنعه) قوله وان لم یکن الدین محیطا الی آخره الظاهر ان مراده اذا لم یکن الدین محیطا بماله ورقبته جاز عتقه فی
قولهم جمیعا کما صرح به فی الکافی وسائر الکتب المعتبرة الا انه اکتفی بذکر قوله بماله ولم یذکر ورقبته بناء علی ما ذکرناه آنفا من ان تعلق
الدیون بکسبه مقدم علی تعلقها برقبته فاذا لم یحط الدیون بماله تعین عدم احاطتها برقبته فلم یحتج الی ذکر الثانی بعد ذکر الاول وما وقع فی عامة
الکتب فمن قبیل التصریح بما علم التزاما بمجرد الاحتیاط ثم اعلم ان هذا الذی ذکره المصنف رح ههنا هو حکم القسم الثانی من الاقسام الثلاثة
المار ذکرها فی التقسیم الذی نقلناه عن العنایة فیما قبل وحکم القسم الاول منها ما ذکر فی الکتاب من قبل بقوله واذا لزمته دیون تحیط
بماله ورقبته لم یملک المولی ما فی یده ولو اعتق من کسبه عبدا لم یعتق عند ابی حنیفة رح وقالا یملک ما فی یده ویعتق وعلیه قیمته واما حکم القسم الثالث منها فلم یذکر
فی الکتاب قط وعن هذا قال صاحب العنایة واما الثالث فلم یذکره فی الکتاب ونقل بعض الشارحین عن بیوع الجامع الصغیر ان
العتق فیه جائز انتهی واراد ببعض الشارحین صاحب غایة البیان فانه قال قال فی بیوع الجامع الصغیر محمد رح عن یعقوب
عن ابی حنیفة رح فی رجل اذن لعبده فی التجارة فاشتری عبدا یساوی الفا وهو یساوی الفا وعلی الاول الف درهم دین فاعتق
المولی العبد المشتری فعتقه جائز وان کان الدین الفی درهم مثل قیمتهما لم یجز عتقه وقال ابو یوسف رح ومحمد رح عتقه جائز فی
الوجهین جمیعا انتهی اقول فی جواز عتقه عند ابی حنیفة رح فی الوجه الاول من هذین الوجهین المذکورین فی بیوع الجامع
الصغیر وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذکرها اشکال علی مقتضی دلیله المذکور فی الکتاب لاثبات مذهبه فی القسم الخلافی

الذی ذکرہ فی الکتاب اولا وفی الجامع الصغیر ثانیا فان حاصل ذلک الدلیل ان ملک المولی انما یثبت خلافۃ عن العبد عند فراغہ عن حاجتہ والمال الذی احاط بہ الدین مشغول بحاجتہ فلا یخلفہ فیہ فلا یثبت فیہ الملک ولذا لم یثبت فیہ الملک لم یجز اعتاقہ ولا یخفی ان جمیع مقدمات ذلک الدلیل جاریۃ بعینہا فیما اذا احاط الدیون بکسبہ دون رقبتہ فینبغی ان لا یجوز اعتاقہ فیہ ایضا (قال وان باع من المولی شیئا بمثل قیمتہ جاز لانہ کالاجنبی عن کسبہ اذا کان علیہ دین یحیط بکسبہ وان باعہ بنقصان لم یجز لانہ متہم فی حقہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی عند ابی حنیفۃ رح لانہ لا تہمۃ فیہ) قولہ واذا باع من المولی شیئا الخ اقول فی ہذا التعلیل شیء وہو ان الظاہر ان جواب ہذہ المسئلۃ باتفاق اصحابنا کما یدل علیہ عدم ذکر الخلاف فی الکتاب وقد صرح بہ فی غایۃ البیان حیث قال اعلم ان العبد الماذون المدیون اذا باع من مولاہ شیئا بمثل قیمتہ جاز باتفاق اصحابنا انتہی وکونہ کالاجنبی عن کسبہ اذا کان علیہ دین غیر ظاہر علی اصل ابی یوسف رح ومحمد رح اذ قد مر فی المسئلۃ الاولی انہما قالا المولی یملک ما فی ید العبد الماذون ولو احاط دیونہ بمالہ ورقبتہ ولہذا لو اعتق من کسبہ عبدا یعتق عندہما فکیف یتم القول بان المولی کالاجنبی عن کسبہ اذا کان علیہ دین علی اصلہما حتی یتمشی التعلیل المذکور علی قولہم جمیعا فلیتامل فی التوجیہ (وبخلاف ما اذا باع المریض من الوارث بمثل قیمتہ حیث لا یجوز عندہ لان حق بقیۃ الورثۃ تعلق بعینہ حتی کان لاحدہم الاستخلاص باداء قیمتہ اما حق الغرماء تعلق بالمالیۃ لا غیر فافترقا وقالا ان باعہ بنقصان یجوز البیع ویخیر المولی ان شاء ازال المحاباۃ وان شاء نقض البیع وعلی المذہبین الیسیر من المحاباۃ والفاحش سواء ووجہ ذلک ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وبہذا یندفع الضرر عنہم وہذا بخلاف البیع من الاجنبی بالمحاباۃ الیسیرۃ حیث یجوز ولا یؤمر بازالۃ المحاباۃ والمولی یؤمر بہ لان البیع بالیسیر منہا متردد بین التبرع والبیع لدخولہ تحت تقویم المقومین فاعتبرناہ تبرعا فی البیع مع المولی للتہمۃ غیر تبرع فی حق الاجنبی لانعدامہا وبخلاف ما اذا باع من الاجنبی بالکثیر من المحاباۃ حیث لا یجوز اصلا عندہما ومن المولی یجوز ویؤمر بازالۃ المحاباۃ لان المحاباۃ لا یجوز من العبد الماذون علی اصلہما الا باذن المولی ولا اذن فی البیع من الاجنبی وہو آذن بمباشرتہ بنفسہ غیر ان ازالۃ المحاباۃ لحق الغرماء وہذان الفرقان علی اصلہما) قولہ وبخلاف ما اذا باع المریض من الوارث الخ قال صاحب النہایۃ وہذا الخلاف متعلق باول المسئلۃ وہو قولہ واذا باع من المولی شیئا بمثل قیمتہ جاز ہذا علی تقدیر الواو وفی قولہ وبخلاف انتہی ورد علیہ صاحب العنایۃ حیث قال بعد نقل ذلک عنہ ولیس بصحیح لانہ معطوف بلا معطوف علیہ بل المناسب لذلک عدم الواو انتہی اقول بل قولہ لانہ معطوف بلا معطوف علیہ لیس بصحیح فانہ معطوف حینئذ علی قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی عند ابی حنیفۃ رح علی ان یکون معنی الکلام وہاتان المسئلتان اعنی قول القدوری واذا باع من المولی شیئا بمثل قیمتہ جاز وقولہ وان باعہ بنقصان لم یجز ملابستان بخلاف ما اذا حابی الاجنبی وبخلاف ما اذا باع المریض من الوارث بمثل قیمتہ لکن علی التوزیع بطریق اللف والنشر الغیر المرتب ای المسئلۃ الثانیۃ ملابستہ بخلاف ما اذا باع المریض من الوارث بمثل قیمتہ لا ان کلتا المسئلتین ملابستان بکلا الخلافین فاذن یتحقق المعطوف علیہ ویصح المعنی کما لا یخفی ثم ان فی تصحیح العطف علی تقدیر الواو توجیہا آخر اشار الیہ صاحب معراج الدرایۃ حیث قال قولہ وبخلاف ما اذا باع المریض متعلق باول المسئلۃ ومعطوف علی قولہ وان باعہ بنقصان لم یجز من حیث المعنی تقدیر الکلام وان باع من المولی بمثل قیمتہ جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حیث لم یجز وبخلاف ما اذا باع المریض ہذا علی تقدیر الواو فی قولہ وبخلاف انتہی والعجب ان صاحب العنایۃ وان لم یطلع علی ما ذکرناہ اولا من التوجیہ



الوجیہ الا ان الظاہر انہ قد رای توجیہ صاحب معراج الدرایۃ ومع ذلک جزم بانہ معطوف بلا معطوف علیہ بدون ان یبین الفساد فی توجیہ صاحب معراج الدرایۃ نعم فی توجیہہ تمحل لا یخفی ولکن لا یخفی ایضا انہ لیس بابعد واقبح مما اختارہ صاحب العنایۃ نفسہ حیث قال ای الظاہر عدم الواو ویجعلہ متعلقا باول المسئلۃ وفی کلامہ تعقید الی آخر ما ذکرہ کما سیاتی نقلہ وبیان حالہ وقال صاحب النہایۃ بعد کلامہ السابق ویجوز ان یکون بدون الواو فیتعلق بحکم قولہ المتصل بہ وہو قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی ای انہ یجوز فی کل حال یعنی اذا کانت المحاباۃ یسیرۃ او فاحشۃ او کان البیع بمثل القیمۃ وبیع المریض من وارثہ لا یجوز عند ابی حنیفۃ رح فی کل حال من ہذہ الاحوال وہذا اوجہ ولکن النسخۃ بالواو یاباہ انتہی کلامہ ورد علیہ صاحب العنایۃ کلامہ ہذا ایضا حیث قال بعد نقلہ ایضا عنہ بما نصہ ذلک اوجہ من حیث اللفظ بالقرب دون المعنی لان المفہوم من قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی جواز المحاباۃ معہ مطلقا ولا یرد بیع المریض عن وارثہ بمثل القیمۃ اشکالا علیہ حتی یحتاج الی الجواب انتہی اقول لیس ہذا ایضا بوارد لانہ کما یفہم من قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی جواز المحاباۃ معہ مطلقا کذلک یفہم منہ جواز بیعہ منہ بمثل القیمۃ غیر ان الاول مفہوم بالعبارۃ والثانی مفہوم بالدلالۃ لانہ اذا جاز المحاباۃ معہ فلان جاز البیع منہ بمثل القیمۃ اولی کما لا یخفی وعن ہذا قال صاحب النہایۃ فی تفسیر قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی ای انہ یجوز فی کل حال اعنی اذا کانت المحاباۃ یسیرۃ او فاحشۃ او کان البیع بمثل القیمۃ فاذن اتجہت المطالبۃ بالفرق بین بیع العبد من الاجنبی وبین بیع المریض من الوارث حیث جاز الاول دون الثانی مع ان فی کل منہما تعلق حق الغیر بالمبیع فاحتاج الی الجواب عنہا بقولہ بخلاف ما اذا باع المریض من الوارث بمثل قیمتہ حیث لا یجوز عندہ لان حق بقیۃ الورثۃ تعلق بعینہ یعنی انہ لا یجوز عندہ بیع المریض من الوارث بمثل قیمۃ المبیع بناء علی تعلق حق الغیر بعینہ فکیف یجوز بیعہ منہ بالمحاباۃ وقد سلک ہہنا ایضا مسلک الدلالۃ فلا محذور فی ترک الواو من حیث المعنی علی ان یجعل قولہ المذکور متعلقا بحکم قولہ المتصل بہ وقال تاج الشریعۃ قلت ینبغی ان یاتی بالمسئلۃ بلا واو لانہ اول مسئلۃ یوردہ نقضا علی مسئلۃ الکتاب دون قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی لانہ لبیان الفرق بین ما اذا باعہ من المولی بنقصان لم یجز ومع الاجنبی جاز وانما ادخل الواو فیہ لئلا یتوہم انہ نقض علی بیع المریض من الاجنبی بالمحاباۃ فادخل الواو لدفع ہذا الوہم انتہی اقول لیس ہذا السدید اما اولا فلان قولہ لان اول مسئلۃ یوردہ نقضا علی مسئلۃ الکتاب دون قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی لانہ لبیان الفرق بین ما اذا باعہ من المولی بنقصان لم یجز ومع الاجنبی جاز کلام خال عن التحصیل لان مسئلۃ الکتاب ہہنا اثنتان اولاہما قولہ واذا باع من المولی شیئا بمثل قیمتہ جاز واخراہما قولہ وان باعہ بنقصان لم یجز فکما ان قولہ وبخلاف ما اذا باع المریض من الوارث بمثل قیمتہ لدفع توہم انتقاض المسئلۃ الاولی بمسئلۃ بیع المریض الوارث بمثل القیمۃ کذلک قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی لدفع توہم انتقاض المسئلۃ الاخری بمسئلۃ محاباۃ الماذون مع الاجنبی وکما ان قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی لبیان الفرق بین ما اذا باع الماذون من مولاہ شیئا بنقصان وبین ما اذا باعہ من الاجنبی بنقصان کذلک قولہ وبخلاف ما اذا باع المریض من الوارث بمثل قیمتہ لبیان الفرق بین ما اذا باع الماذون من مولاہ شیئا بمثل قیمتہ وبین ما اذا باعہ المریض من وارثہ بمثل قیمتہ فان اراد تاج الشریعۃ بقولہ المذکور ان الاولی من المسئلتین المزبورتین مسئلۃ الکتاب ای مختصر القدوری دون الاخری منہما فلیس بصحیح اذ کلتاہما مسئلتان مذکورتان معا فی مختصر القدوری وان اراد بذلک انہما وان کانتا معا مسئلتی الکتاب الا ان قولہ وبخلاف ما اذا باع المریض الی آخرہ لدفع توہم الانتقاض دون قولہ بخلاف ما اذا حابی الاجنبی فانہ لبیان الفرق فلیس بصحیح ایضا لان دفع توہم الانتقاض انما یکون ببیان الفرق فقصد احدہما یستلزم قصد الآخر علی انہ لا تاثیر لہذا المعنی فی اتیان المسئلۃ بلا واو کما لا یخفی علی الفطن

فلا يثبت مدعاه وان اراد به ان قوله بخلاف ما اذا باع المريض متعلق باولى مسئلتي الكتاب وقوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي متعلق باخريهما فمعنى الواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر في علم الادب ان الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها فمدخولها لا يقتضي التاخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو ههنا اصلا واما ثانيا فلان قوله وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام ايضا لانه ان كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي ان ياتي بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورده نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو للعطف فمن اين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو ويجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اى عين مال الميت حتى لو كان لاحدهم الاستخلاص بلا اداء قيمته ما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترق اى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخر انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا اقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خللا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافترقا اى المولى والمريض وكان الصواب ان يقول اى العبد والمريض كما لا يخفى على المتامل والعجب انه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى ان يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء واذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان فان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو



البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا) قوله وان باعه المولى وعليه ديون الخ قال الشراح انما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه ويبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء انتهى اقول لقائل ان يقول فاذن ينبغي ان يكون الضمان في هذه المسئلة على المشتري فقط فان تغييب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لامكن لهم ان يردوا البيع فيستسعون العبد او يبيعونه فلا ضمان حينئذ على احد كما يجيء في المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الا ان في البائع ايضا سببية له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الا ان سببيته لذلك بعيدة وقد تقرر عندهم ومر مرارا ان الحكم يضاف الى اقرب الاسباب فتامل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا انتهى كلامه اقول لا يتجه السوال المذكور على مسئلتنا هذه اصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد اقل من قيمته واما اذا كان ثمنه اكثر من قيمته او مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلثة المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع واخذ الثمن لعدم الفائدة في التعيين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن اقل من القيمة اما اذا كان اكثر او مساويا فلا خيار لهم انتهى ومنهم صاحب العناية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان انه لفظ محمد في الجامع الصغير هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته او باكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم انتهى فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به اقل من قيمته لم يتجه ان يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا ثم اقول في الجواب المذكور نظر لان حاصله ان سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيعه العبد ومقتضى هذا ان يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط لانه كان لهم ان يستسعون العبد في جميع ديونهم لا في مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي ان يضمن البائع والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به احد وانما الذي قالوا به ان يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف رح انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قوله قالوا تاويله الخ قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام والمأذون الجامع الصغير لقاضي خان

والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم في الاستيفاء فيما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد لاستيفاء باقي الديون اللهم الا ان يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بالنظر الوصول باق فلا ينتقض ذلك الملفظ ايضا بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه وكان المعقول ما ذكره امام قاضي خان في جامعه بقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان بالثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته واما صاحب العناية فنقله بطريق الاحتمال واورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع دفع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه اقول اولا في الجواب المذكور نظر آخر وهو انه لو كان مراد المصنف رح بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفد شيئا في نفي رد البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليل حينئذ ان يقال رضائهم بسقوط حقهم واقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذي اورده صاحب العناية بان فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي ان لهم ان يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد ان لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فيبيع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه وان الثمن يفي بديونهم بدليل قولهم والثاني ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون انتهى اقول وفيه نظر اما اولا فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لذهب فائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك ان الثمن اذا كان يفي بديونهم لم يكن لهم ان يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن او لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا يتصور فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة واما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر وان احدهما لا يستلزم الآخر اصلا لجواز ان ينتفي المحاباة في البيع ولا يفي الثمن بديونهم وجواز ان يفي الثمن بديونهم ولا ينتفي المحاباة فلم يصح ان يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز والكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما (قال ومن قدم مصرا فقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس) قوله ومن قدم مصرا الخ قال في النهاية اي فتصرفه دليل على انه ماذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان واما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصلح حجة واما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك



اقول تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن نوع الاختلال فان قولهما في تقرير وجه القياس والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير منتمش في احد شقي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها واما جعل الاخبار في قولهما والثاني اخبر انه ماذون في التجارة اعم من الاخبار الحقيقي والحكمي وادعاء ان في ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه ماذونا وهو تصرفه تصرف الماذون فتمحل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه السلام البينة على المدعي وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس والنظر ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس امره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز (الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل) قوله الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه الخ اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لانها خالص حق المولى انه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر ان حق الغرماء يتعلق برقبة العبد الماذون حتى كان لهم ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا ان يفدي المولى ديونهم وان اراد بذلك انه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على ان لا يقبل قوله في الرقبة اصلا لانه لا يمنع ان يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شيء من التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتامل والاظهر في تعليل قوله الا يقبل قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة ان يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن المدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما ماذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها

## فصل

لما فرغ عن بيان احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه (واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات) قوله واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة الخ اقول كان الظاهر ان يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد الماذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر اسباب التجارات

لنفوذ تصرفه في سائرها ايضا عندنا وكانه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا انه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني اعم واظهر في افادة تمام المراد وهذا ما في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف رح من جهة اخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع والشراء واصر على ذلك في الهداية ايضا مع ظهور مزيته ما في عبارة المختصر لان يعقل البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد الماذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقا بل لا بد من ان يعقل الشراء ايضا بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما مر جوابه (والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي) قوله والصبا سبب الحجر الخ هذا جواب عن قول الشافعي رح لان حجره لصباه فيبقى ببقائه تقريره ان الصبي سبب الحجر لعدم هداية الصبي في امور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يستدل به على ثبوت هدايته في امور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما اذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو اذن المولى العبد كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب ان يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في امور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك ايضا بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع ان المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي اصلا فيما هو دائر بين النفع والضر كالبيع والشراء ونحوهما فتامل (وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح) قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء الخ قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره وان بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فيدفعنا ولاية الولي التدارك ذلك انتهى كلامه اقول في تقريره شيء اما اولا فلان قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي ايضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي ايضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه ان يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له واما ثانيا فلان مقتضى تقريره المزبور ان يكون قول المصنف رح واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في المقدمات تقديره وليس بذاك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك ان تدارك احتمال تبدل الحال ايضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم ان قول المصنف رح وبقاء ولايته الى آخره يحتمل الوجهين احدهما ان يكون جوابا عن قول الشافعي رح ولانه مولى عليه الى آخره وثانيهما ان يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي ان لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب



العناية اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليك الاختيار ثم الاختيار (والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد) قوله والتشبيه بالعبد الماذون الى آخره اي في حق الصبي اراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون كذا في غاية البيان وغيرها اقول لقائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد الماذون انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم او على الاطلاق واما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون فافادة الماذون التعميم ممنوع جدا فليتامل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي الماذون مع التخلف في بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف في مال العبد الماذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي الماذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين احدهما ان ما ذكرته من الحجر وعدمه هو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا لاختلاف المتصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب او الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين او لا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد الماذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في ذكر ذاك السوال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال اقول الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السوال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد الماذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي الماذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعميم في قول المص رح ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي الماذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السوال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف رح لا غيره وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني في منع دلالة الكلام على العموم اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان دلالة كلام المصنف رح وهو قوله انما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا يقبل المنع لان كلمة ما من الفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد تاكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام ايضا من الفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول واما ثانيا فلانه لا دلالة في الجواب الثاني اصلا على منع دلالة كلام المصنف رح على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه اصلا (ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا الكتابة كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم) قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه الخ اورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي واجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بان الولي انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا يكون حجة واما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اقول هذا الجواب لا يدفع السوال المذكور لان حاصله بلية عدم صحة اقرار الولي على مال الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا

ما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب انه افادة من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها انتهى اقول هذا الجواب ايضا غير مستقيم لانه ان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك ايضا نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح اصلا فاني يملكه الولي وان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السوال المذكور لان اللازم منه ان يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار فلا كلام فيه وانما الكلام في ان يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي وولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن الولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف يتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى ان حديث ان يملك الولي الاذن للتجارة وتوابعها في اثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام ثم اقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مران الصبي يتصرف باهلية والصبي ليس بسبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لانه يكتسب الولاية من اذنه الا ان الصبي لما كان من اسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي اصلا لما هو ضار محض واهل لما هو نافع محض قبل الاذن وبعده واهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرر اذ من لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب شاف يحسم به مادة الاشكال بالكلية

## كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مالا حتى ان اقرار الماذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكن الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد الماذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية اقول في الوجه الاول بحث من وجهين احدهما ان كون الغصب من انواع التجارة مالا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب الماذون والمذكور في كتاب الماذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني ان مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر انواع التجارة ايضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن ان يجاب عن كل منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه ايضا بوساطة تعلقه بجنس التجارة واما عن الثاني فبان يدعي عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات التبة فلا ضير في تحققها في غيرها سبقت له ايضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندي ان الماذون يتصرف في الشئ بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف



لا باذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب الماذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع انتهى واعلم ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديانات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المرتب عليه لانه ليس في الغصب شئ من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها (الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) قوله وفي الشريعة اخذ مال متقوم الخ اقول لا بد من ان يزاد على هذا التعريف قيدان احدهما قيدا وتقصير يده بان يقال على وجه يزيل يده او تقصير يده لئلا تخرج عن تعريف الغصب في الشرع ما اخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المستاجر او من يد المرتهن او من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا انه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور ايضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده او يقصر يده ان لم يكن في يده انتهى وهكذا قال في الكافي ايضا وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعية في الكتاب ثم اعلم ان صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت اليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة خصوصية بها كانت من جملة اسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور اذ لا منع لشئ من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها ان تكون على سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك ان قيدا دالا على سبيل المجاهرة او سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حدا للغصب في الشرع والا لزم ان تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كما لا يخفى والثاني ان قوله كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا اخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع اصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب النهاية في فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه انتهى ثم ان

لا باذن

صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه و
ما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلا صرح به في
البدائع انتهى اقول وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته على العباد وهذا كله مما مر
في اول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك اصلا ولئن سلم تمام ذلك
فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في
غيره ايضا بنوع من التعدي والجناية الا يرى ان زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا
شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على ان يد المالك ما كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي امانة في يد الغاصب
ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع انه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به
قاطبة ايضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطاء في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع ان ذلك ليس
بغصب في الشرع عند احد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الاتلاف كما نصوا عليه فمن اين ثبت تحقق حقيقة الغصب
الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشائخ في تعريف الغصب فيحتاج الى تغييره (حتى كان استخدام
العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) قوله حتى كان استخدام العبد لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه ومن ضرورته
ازالة يد المالك عنه فيتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال وما بقي اثر فعله تبقى
يده فلم توجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العز وفي كلام المصنف رح ههنا مواخذة لفظية وهي في قوله وحمل الدابة
يعني والحمل عليها وحقه ان يقول وتحميل الدابة لان حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول
حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا ان يضعف الفعل فيتعدى
الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف
للتعدية انتهى كلامه اقول هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف رح ههنا فقال حتى كان استخدام عبد
الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف رح ههنا بما وجه الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي
انتخابا بمواظبتها حيث قال والاصل ان يقال بالمواظبة عليها اي على العبارة الا انه نزع الخافض وعدي المصدر بالايصال انتهى
وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها انتهى تامل (ثم ان
كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ
موضوع) قوله ثم ان كان مع العلم الخ اقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب واما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي
في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا ان يبنى كلامه ههنا على ما قيل
ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره لكنه قول ضعيف جدا على ما يدل تقرير المصنف رح فيما
بعد وصرحوا به في الشروح ثمه فكيف يليق بمثل المصنف رح بناء كلامه على ذلك (قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل
والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو
المثل لقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس



والمالية فكان ادفع للضرر) قوله ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الخ قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا والمالية
الحنطة المودى مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية انتهى اقول الظاهر ان المقصود من التعرض
ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع ورود سوال على ان يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية لظهور
تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان اريد بكون الجودة ساقطة العبرة في
الاموال المزبورة انه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان اريد
بذلك انه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها
سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السوال المتجه على قول المصنف رح ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية
في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على
ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع يؤيد ورود ذلك السوال
ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتهما في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف ايضا تامل تقف
(قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح
يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب
المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع
ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء) قوله لابي يوسف رح
الى آخره قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول ابي يوسف رح في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل ان يكون ذلك لوجهين
احدهما ان يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب
فيجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني ان اثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات
من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول ابي يوسف رح
ثم بقول محمد رح ثم بقول ابي حنيفة رحمه الله انتهى كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية ايضا وكذا ذكر ذاك الوجه فقط
في العناية ايضا ولكن بطريق النقل بقيل اقول كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه اما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل
ابي يوسف رح لان المغصوب المثلي انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما
افصح عنه المصنف رح في ذكر دليل محمد رح فمن اين يجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة
دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تأخير دليله اذ من عادة المصنف رح المستمرة ان يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة
الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل اصل الاقوال وهذا مما لا سترة به عند من له قدم راسخ في معرفة اساليب
كلام المصنف رح واما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي اصلا فتغيير المصنف رح اسلوبه
المقرر بمجرد ذلك الامر الواهي مما لا يناسب بشانه الرفيع فالوجه عندي ان المصنف رح جرى ههنا ايضا على عادته المقررة من تأخير الاقوى
فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة لتحصل الجواب من المتأخر للمتقدم كما حصل ههنا ايضا ذلك على ما يشهد به المتأمل الصادق
قال صدر الشريعة في شرح الوقاية اقول قول ابي يوسف رح اعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات
وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وايضا

عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي وهو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح اقول يمكن رد هذا الجواب بانه يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكانه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر يعني انه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت ايضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيها الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم البقاء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه ففي هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره ابو بكر البلخي في حد الانقطاع كما لا يخفى **(بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك)** قوله بخلاف ما لا مثل له الخ اقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين لانه الواجب وانما رد القيمة مخلص خلفا اذ المطالب باصل السبب حينئذ فيما لا مثل له ايضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود اصل السبب وهو الغصب الا يرى ان الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد رح فيعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند ابي حنيفة رح فيعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده لا يعتبر قيمته وقت وجود اصل السبب عند احد منهما وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ما له مثل على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح بان القيمة تعتبر في الاول عند وجود اصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء واما على ما قيل ان الموجب الاصلي فيه هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ايضا فلا يتم دليل ابي حنيفة رح ولا دليل محمد رح راسا اذ في كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال **(قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان)** قوله وما لا مثل له فعليه قيمته الخ يعني معنى قول القدوري في مختصره ما لا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية اخذا من النهاية وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب انتهى اقول هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان اراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه ايضا بالاولوية فلا يكون له مثل اصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور ان يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان اراد بذلك ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير ان يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته اي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملة تفسير ما لا مثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحبا النهاية والغاية وكذا تفسير ما له مثل في المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب الغاية مما لا يقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الاولى ايضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك



في يده فعليه ضمان مثله ومن غصب شيئا يضمن بمثله في الغصب فهلكت في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاعبة والحق عندي ان المراد بما له مثل في المسئلة الاولى ما له مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي لا ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لا مثل له في هذه المسئلة ما لا مثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد افصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والظاهر لا يكون شرعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل انتهى فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك رح يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روي عن شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص انتهى اقول يرد عليه انه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الاولى وهو الذي اشار اليه في الكافي بقوله لما تلونا فتدبر **(اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها او تقوم بينة ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة)** قوله اما العددي المتقارب فهو كالمكيل الخ قال في النهاية وانما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر ايضا حيث قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس واورد عليه صاحب العناية وجها آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقبل وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان الظاهر ان مراد المصنف رح بالمكيل في قوله اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع الكيل في تحقق المماثلة في المكيل كما تقرر في باب الربوا من البيوع **(قال والغصب فيما ينقل ويحول)** قوله فيما ينقل اي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصلي بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور اعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما اشار اليه صدر الشريعة حيث قال في تفسير ذلك اي تحقق الغصب في المنقول دون غيره واشار اليه صاحب العناية ايضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل اشار اليه المصنف رح حيث قال في تعليل ذلك ان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في ان اداة القصر في التركيب المزبور ما هي فلعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على

منه كما صرح به في علم الادب ومثلوه نحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش (لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه
دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) قوله لان الغصب الخ اقول لقائل ان يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب
العقار لا يفيد المدعى كما لا يخفى على من احاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر هذا الدليل ههنا فالاحسن ان يكتفي
بما سياتي في تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فان اثباته
المذكور هناك يتحقق ههنا ايضا لا محالة (واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف رح الاول وبه قال الشافعي رح لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال
يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار
كالمنقول وجحود الوديعة) قوله واذا غصب عقارا الخ اقول كان اللائق بالمصنف رح ان يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقارا الى آخره
لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي ان يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة
حتى في المحيط حيث قال فيه وثمرته عند ابي حنيفة رح كون الماخوذ منقولا وهو قول ابي يوسف رح الآخر حتى ان غصب العقار عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح الآخر لا ينعقد موجبا للضمان انتهى والعجب ان كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المص رح بالواو في البداية
والهداية ثم اقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه ان يقال قد تقرر فيما مر ان
حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه
في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء
اطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة انتهى اقول فيه ان المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية متيسرة
فلا يصار الى المجاز اللهم الا ان يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي لكن
حق الاداء ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات مشائخنا في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك
في يده لم يضمنه عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لانه اثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق اصلا واليه مال اكثر المشائخ
انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد ان بعضهم قال يتحقق فيها الغصب الشرعي على مذهب ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فلا نسلم
ذلك اذ لم يقل احد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لم يصح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب
الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما المراد بالغصب في عبارة
من اطلق الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان اراد ان بعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي
ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي ايضا فلا نسلم ان احدا قال ان الغصب اللغوي
لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب اخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب ولا اشتباه في تحقق هذا المعنى في العقار
اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك اصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الغصب الشرعي عندهما في العقار على ما تقرر
فلا ابعد ممن له ادنى تمييز انكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشائخنا هؤلاء الاجلاء (ولهما ان الغصب اثبات اليد
بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه
لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود



ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه
في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار
بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على
الاختلاف في الغصب هو الصحيح وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق
بالفضل قال رض وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين
واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه) قوله ولهما ان الغصب اثبات اليد الخ قال صاحب العناية في حل هذا المحل
ولابي حنيفة وابي يوسف لان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور الا في العقار لان يد المالك
لا تزول الا باخراجه اي اخراج المالك عنها اي عن العقار بمعنى الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد
والكل ينتفي بانتفاء جزئه انتهى اقول في تقريره قصور اما اولا فلانه جعل الباء في قول المصنف رح بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على
تقديره يتحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا واصلا صادرا من الغاصب وللثاني امرا عدميا
متفرعا على الاول وايضا لو كان الباء المذكورة للسببية كان معنى كلام المصنف رح ولهما ان الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك
بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه ان يكون
الباء ههنا للمصاحبة فيكون المعنى ولهما ان الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود واما
ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد ان لا يتحقق ازالة اليد اصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قدم في
تعليل قول محمد رح ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل
قولهما ههنا تعرض لنفي تلك المقدمة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررها وبداهتها فلا جرم كانت مسلمة عندهما ايضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه
يشعر بانتفاء ازالة اليد اصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف رح ههنا ان يقال ولهما ان الغصب اثبات اليد
العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا اي سواء كانت بفعل في العين او بفعل في المالك وما كان من
ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص وهو ان يكون بفعل في العين وهذا المعنى مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب
من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها اي
عن العين المغصوبة وهو اي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه
حقيقة الغصب فلم يلزمه الضمان عند هلاكه في يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم رح والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل
امامنا الثالث والشافعي رح كما لا يخفى على ذي فطنة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال وليت شعري باي دليل ثبت
كون ازالة يد المالك بفعل في العين وحتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه في اخراج المالك اظهر انتهى اقول قد ثبت ذلك بدليل ذكره
صاحب البدائع حيث قال واما ابو حنيفة رح وابو يوسف رح فمر على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد
في العقار والدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل
في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتامل ثم اورد ذلك البعض على قول المصنف رح
في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بان قال للخصم ان يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتامل انتهى اقول ليس هذا بشئ
اذ ليس في الخصوم من ينكر تحقيق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور ان يقول الخصم انما لم يضمن فيه

لانتفاء اثبات اليد (وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب رد القيمة او يتقرر بذلك السبب) قوله وفي اكثر نسخ المختصر الخ اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يلزم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر لجواز ان يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره الا يرى انه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه واراد به معناه اللغوي لا محالة وان اراد ان الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن ان يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز ان يكون المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر الى وضع اهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان ايضا فلابد في ارادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب اهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على ان يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي فتدبر (ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) قوله ولهذا الخ اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان مسئلتنا هذه يعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلا منهما مع ان قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثلي على قول ابي حنيفة ومحمد رح اذ قد تقرر فيما مر ان المعتبر في هاتيك الصورة عند ابي حنيفة رح قيمته يوم الخصومة وعند محمد رح قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية (وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رض ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رض وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار) قوله وان نقص في يده الخ اقول في هذا التعليل قصور اذ قد صرح في عامة الشروح بان مسئلتنا هذه تعم ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل ان كان جارية فاعورت او ناهدة الثديين فانكسر ثدياها وما كان في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى ان التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى في التعليل ان يقال لانه يدخل جميع اجزائه واوصافه في ضمانه بالغصب فانه اوفى بالصورتين معا ووافق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تامل تقف ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا يعني ان مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي واما في الربويات اي في الاموال الربويات التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا هذا فحوى كلامه اقول لقائل ان يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما اذا غصب حنطة فعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربوا لا محالة واما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا او وزنيا فتلف بعض اجزائه فنقص قدره كيلا او وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الاصل بلا تاد الى الربوا اصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في الربويات مطلقا فتامل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف



ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات فكما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او انا فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه اقول تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما نقل في النهاية نقلا عن الايضاح الا انه منظور فيه عندي اما اولا فلانه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات ايضا بان الوزني الذي في تبعيضه مضرة كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك ان انا فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا باناء فضة انهشم في يده واما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها اناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فلعل الحق في حكم غصب اناء فضة اذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي رح من ان صاحبه بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه بقيمته من الذهب وعبارة الكرخي رح هكذا وان كان انا فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه وان شاء اخذ قيمته من الفضة انتهى ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير ان الواقع فيه قلب فضة بدل انا فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي رح يضمن قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربوا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا انتهى (ولابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذلك الملك في المضمون لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه) قوله ولابي يوسف الخ اقول فيه نوع تامل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر ان اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فالوجه القول بان لا يتصدق بشيء من الغلة اصلا فتفكر (فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين) قوله فلو اصاب مالا تصدق الخ فسر بعض الشراح وقت الاستعمال بوقت الاستهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا اصاب بعد ذلك

ما لا يتصدق بمثله ان كان استهلاك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشيء من ذلك انتهى اقول فيه اشكال فانه يجوز ان يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في اداء الثمن الى المشتري في هذه الصورة فكيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزم التصدق بمثلها عند اصابة مالا ولا يرى انه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد اصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان اولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا ان يقال وجه تاثير الغنى السابق في تلك الصورة هو انه لو لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال ان يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم اداء الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن في ذلك الاحتمال امر موهوم بعد ان يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف رح بوقت الصرف الى حاجة نفسه اقول هذا هو الظاهر ولكن فيه ايضا شيء وهو ان الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز راسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما افصح عنه المصنف رح بقوله ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى انه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف رح حينئذ بقوله فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ معناه فبعد ان صرفها الى حاجة نفسه لو اصاب مالا الى آخره اللهم الا ان يقال يجوز ان يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتامل (قوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رح لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشائخنا رح لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) قوله فقوله في الكتاب اشترى بها الخ اقول في عبارة المصنف رح ههنا تسامح لان حاصلها يؤول الى ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها امر مغاير له ولا معنى للقول بان في الشيء اشارة الى نفسه والى غيره كما لا يخفى فالظاهر ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور ويظهر المقابلة بقوله بعده واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان ماخذ قول المصنف رح ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا اشار اليها ونقد منها بدل قول المصنف رح اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا اوضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها تصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد به اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي رح يقول في المسألة ان ذلك على اوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها او يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب الا ان يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا يفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها قال مشائخنا رح بل لا يطيب بكل حال ان تناول من المشتري قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى ههنا لفظ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشائخنا رح الفتوى اليوم على قول الكرخي رح لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا تقرر رأي الصدر الشهيد شمس الائمة السرخسي رح



**فصل فيما يتغير بفعل الغاصب**) قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما يزول به ملك المالك ان كان عارضا لاصل الغصب الا ان رد المثل او القيمة يتفرع على تحقق هذا العارض فان موجب اصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل او القيمة الا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل والقيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتاخير احرى منه واما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتاخير لا يفصله عما قبله بان يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكان صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب ان يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ما ذكره متاخرا عما قبله (**قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا**) قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ قال في العناية قوله بفعل الغاصب احترازا عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله واعظم منافعها يتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى ههنا لفظ العناية اقول فيه نظر فان كون قيد واعظم منافعها في هذه المسألة مذكورا لمجرد التاكيد مع وقوعه في عبارات عامة ثقات المشائخ من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا يقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب انه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وارباها فانه لا يزول بالذبح والتاريب ملك مالك كما سياتي في الكتاب مع انه زال اسمها بعد التاريب ولكن لم يزل اعظم منافعها وهو اللحمية كما سياتي التصريح في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر (**وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رح يضمنه وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته**) قوله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق الخ قال بعض الفضلاء الظاهر ان المراد نقصان القيمة اقول ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف رح فيما سياتي ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازدادت قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فاني يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر ان المراد نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد افصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له ان ياخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ عين الحنطة ولو اخذ عين الحنطة كان لا يجوز ان ياخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربوا على ما مر فكذلك ههنا انتهى اللهم الا ان يكون مراد ذلك القائل ايضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى (**للشافعي رح ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وارباها ولنا انه احدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم**

من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث
انه احداث الصنعة) قوله وللشافعي رح ان العين باق الى آخره قال صاحب العناية قوله وللشافعي رح عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا
اقول ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة اصلا ولو سلم وجودها فالظاهر انها للابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدي
الى الربوا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام اجنبي وهو قوله وعند الشافعي رح يضمنه وقوله وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه الى آخره ولا يخفى
على من له دراية باساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شان صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم
ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رح هذا خلف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان معنى قوله وللشافعي رح ان العين باق ان
له في اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى ايضا على تقدير ان يكون وللشافعي رح عطفا على قوله لانه يؤدي الى الربوا الا ان له في اثبات مذهب
ابي يوسف رح كذا حتى يلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رح كيف ولو لزم ما توهم من المحذور ههنا للزم ذلك
في كل موضع الخلاف يقال عند اقامة ادلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك ان المذكور ثانيا وثالثا من تلك الادلة بالواو معطوف
على الاول مع ان مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا انه احدث صنعة متقومة فانه معطوف قطعا على قوله
للشافعي رح ان العين باق مع انه ليس تعليل لما علله الشافعي رح بلا ريب فالوجه في صحة العطف في امثال ذلك كلها ان المعنى انه له
في اثبات مذهبه كذا ولنا في اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه اصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك في مواضع شتى (بخلاف الشاة لان
اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع
بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رح وهكذا عن ابي حنيفة رح رواه
الفقيه ابو الليث رح ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه
السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك
وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة
الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك
صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به) قوله بخلاف الشاة لان اسمه الخ هذا جواب عن قول
الشافعي رح وصورته اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة
بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاريب ولا يقال شاة مورثة بل يقال لحم موراب
فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها
او معظم المقصود منها اللحم ثم [illegible] والتاريب بعد ذلك لا لفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحققه فلا يكون دليل تبديل العين كذا في
العناية وغيرها اقول الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف رح فيما ذكره جوابا عما استشهد الشافعي رح من مسئلة ذبح الشاة
المغصوبة وسلخها وتاريبها فانه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعا ان يقال
الكلام في الشاة التي ذبحت ثم اربت ولا شك ان اسم الشاة لم يبق بعد التاريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث
تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف رح جوابا عما استشهد به الشافعي رح نعم يمكن ان يجاب عما استشهد به الشافعي رح
بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع تصور ما اجاب به المصنف رح عنه ومدار السؤال المورد على ذلك فلا يتم التقريب
(وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا



غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف رح يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله
ما تقدم وان غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رح فيأخذها
ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكا من وجه
الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات والمضروب
يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه
باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها
غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها) قوله وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الخ في المعنى المراد من قوله او ضمنه
الحاكم ومن قوله او ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرها فقال صاحب الكفاية في شرح قوله او ضمنه
الحاكم يحتمل ان يكون المغصوب منه من كان القاضي وليا له او ان يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله انه لا يقضي الا بطلبه انتهى
واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله او ضمنه الحاكم بان كان المغصوب مال اليتيم او الغائب وكذا اختاره صاحب
العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم اقول يرد على الاحتمال الاول ان قول المصنف رح في التعليل لانه لا يقضي
الا بطلبه غير مساعد لذلك لان من كان القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب
كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية اصلا ويرد على الاحتمال الثاني ان قول المصنف رح قبيل هذا وكذا
اذا ادى بالقضاء يأبى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن ان يجاب عن الاول بان طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي
وليا له لكونه نائبا منابه فكان القضاء هناك ايضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز ان يكون المراد بالقضاء
على تقدير ان يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع اداء البدل من الغاصب والمراد بقوله
قبيل ذلك وكذا اذا ادى بالقضاء ادى بدل البدل بالقضاء فافترقا فلا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله او ضمنه المالك
اخذ الضمان او تراضيا على مقدار من الضمان انتهى اقول يرد عليه ايضا ان قول المصنف رح فيما قبل واذا ادى البدل يباح
يغني عن هذا المعنى لان اداء الغاصب البدل يستلزم اخذ المغصوب منه الضمان فيلزم ان يكون قوله او ضمنه المالك مستدركا
ويمكن ان يجاب عنه بانه يجوز ان يكون المراد بتضمين المالك اخذه الضمان بغير سعي الغاصب وبغير القضاء دون مطلق اخذ
الضمان والمراد بقوله فيما قبل واذا ادى البدل اداءه برضاه دون مطلق الاداء والا يلزم استدراك قوله وكذا ادى بالقضاء واداؤه
بالرضاء انما يستلزم اخذ الضمان دون اخذه بغير رضاه فلا يستدرك يبقى الكلام في قول صاحب الكفاية او تراضيا على مقدار
من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذ التراضي قد كان معتبرا في قول المصنف رح واذا ادى البدل يباح كما يدل عليه
تعليله هناك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن ان يجاب عنه ايضا بان المراد ههنا التراضي
على مقدار من الضمان اي على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على اداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك
لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان حمل قول المصنف رح او ضمنه المالك على التراضي على مقدار من اللفظ حالا بعيد اعده اللفظ
جدا اولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية اصلا وقال تاج الشريعة في تفسير قوله او ضمنه المالك اي طلب المالك من الغاصب
الضمان يحل الانتفاع قبل اداء الضمان انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه ايضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتامل

(قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رح للمالك
اخذها والوجه عن الجانبين قدمناه) قوله ومن غصب ساجة الخ ذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة
الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه
ذلك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه انتهى اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح انه لا يظهر وجه ذلك بالتامل في قوله وجه آخر
لنا فيه لان حاصله ان ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي رح ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة
ولا ريب ان الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذي فطرة
سليمة انه لا فرق في هذا المعنى بين ان يكون قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة وبين العكس اذ لا شك ان الضرر المحض اشد واثقل
من ضرر المجبور على كل حال فلا بد ان يتحمل الثاني دفع الاول على كل حال عملا باختيار اهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما
كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة ما هو اقل قيمة حينئذ يكون اخف وايسر تحملا وليس فليس ثم اقول لعل وجه
ذلك يظهر بالتامل في قوله والوجه من الجانبين قدمناه فان ما قدمه من جانبنا وهو قوله ولنا انه احدث صنعة متقومة صير احداثها
حق المالك هالكا ولا شك ان قيمة البناء اذا كانت اكثر من قيمة الساجة كان البناء غالبا على الساجة فيصح اذ ذاك ان يقال ان الغاصب
احدث صنعة متقومة صير احداثها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه واما اذا كانت قيمة الساجة
اكثر من قيمة البناء فانما يكون الساجة غالبة على البناء فيشكل هناك ان يقال انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من
وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تامل تفهم (ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض
بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار) قوله ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اضرارا
الخ بيانه ان فيما قاله الشافعي رح اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو
القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك اولى من قطع حق
الغاصب كذا في غاية البيان اقول لقائل ان يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها فانه
لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك ايضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر
فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسألتنا هذه بتلك المسألة الآتية فتامل (كما اذا خاط بالخيط المغصوب
بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر الهندواني رح انما لا ينقض
اذا بنى في حوالي الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه) قوله كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن الى آخره
قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد
لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بالطالة زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك
فكانتا متساويتين انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له
نقض بنائه واخراج الساجة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح
فليتامل انتهى اقول ليس ذاك بشيء اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما
في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق
في المقيس ايضا بلا ريب على انه لو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك لا يكون



صاحب البناء شيء فيما في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع متنازعا فيه ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة عليه في المقيس وهي لحوق زيادة ضرر
بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه اصلا (وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح) قوله وجواب
الكتاب قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك اي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي رح نظر لان القدوري يروي عن ابي عبد الله
الجرجاني عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي رح فكيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي رح وهو راويه اليهم بجوز رجحان قول المتاخر على
المتقدم باقامة الدليل اما مجرد الرواية فلا انتهى كلامه اقول نظره ساقط لانه ان اراد ان استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره
او في المسألة التي نحن بصددها الى الكرخي رح فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرحه لمختصر القدوري
للكرخي رح وكان ابو الحسن الكرخي رح يقول المسألة موضوعة على انه بنى على حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض واما اذا بنى
على نفس الساجة ينقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهندواني يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة
مزادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة وانما اسقطه لكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعد ما يوضع فيها على وجه التعدي
فدل على ان المسألة على اطلاقها وانه لا حق للمالك في ساجة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك ان ما نقله عن القدوري
صريح في ان القدوري لا يقبل رواية الكرخي رح في هذه المسألة على التقييد بان من بنى على حوالي الساجة ويستدل على اطلاقها بمسألة كتاب الصرف
كما ترى فتعين ان رواية القدوري هذه المسألة بان يقال فبنى عليها لا تستند الى الكرخي رح بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك
بمسألة كتاب الصرف وان اراد ان استناد رواية القدوري في اكثر المسائل الى الكرخي رح بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك
ههنا شيئا فان الكلام في مسألة الساجة وهو في روايتها يخالف الكرخي رح كما عرفت (قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء
ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه
باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب) قوله ومن
ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار الخ وهي ما اعد للذبح من الابل من الجزر وهو القطع تقع على الذكر والانثى وهي تؤنث كذا قالوا وانما ذكر الجزور
بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بان يقال النقصان
بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي اعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا
فينبغي ان لا يضمن الغاصب النقصان بل يستحق اجر المثل من جزارته على المالك لانه حق مقصود فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا
غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار اخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله
وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل ان يكون للمالك مقصود فيها سوى
الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان يحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وافاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى
بعبارة اخصر حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل بجزارته على المالك لانه حق مقصود
فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان
وكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواها من زيادة الاسمان والتاخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك انتهى
كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل حيث قال لا مجال لهذا
التوهم اصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فلا وجه لقضية استحقاق اجر المثل من البين وبقول
هو بدله ان ذابحه يجب ان يكون غاصبا انتهى اقول ان قوله لا مجال لهذا التوهم اصيلا بحكم قوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع

لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا بما زاده الصبغ فيما اذا اخذ ثوب غيره فصبغه احمر بل ضمنه للمالك اذا اختار اخذ الثوب بما سيأتي فلم يجوز ان لا يكون متبرعا بما زاده النزي فيما اذا ذبح جزورا وغيره بل استحق اجر المثل بناء على انه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا اقل من ان يكون منشأ للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فاشار المصنف رح الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ههنا ولا غبار عليه (ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا تبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضه معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رح جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها) قوله ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك الخ قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذلك اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل انهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا اختيار فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه وكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من جهتين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اقول القائل بعدم فائدة التقييد بغير ماكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية واما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر انه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل احد من الشارحين ما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا ان ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية ايضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر من قبل هذا انتهى ولا يخفى على ذي مسكة انه لا يراد على ما في تلك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف رح على تسوية ماكول اللحم وغير ماكوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف رح نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رح رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان انتهى كلامه اقول للمانع ان يمنع مخالفة ما اختاره المصنف رح لنقل الكتب المذكورة لان ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك واخذ النقصان فيما اذا قطع طرف من غير ماكول اللحم مقيد بان كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز ان يكون ما اختاره المصنف رح وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان



لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المص رح ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اي الواجب ههنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق) قوله لعرق صحح في المغرب بتنوين عرق حيث قال اي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكره في المغرب شيء وهو انه قدر المضاف اولا حيث قال اي لذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تناف لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا العرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا وجره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا تكون للمصير الى التجوز وجه وعن هذا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا ان يكون مراد صاحب المغرب بقوله اي لذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا ان هناك مضافا محذوفا مقدرا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة انتهى اقول هذا الكلام من مثل ذلك امر عجيب فان ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان اضيف الى نكرة ومعرفة ان اضيف الى معرفة وعن هذا قال العلامة الجوهري في صحاحه واما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة اضفته الى نكرة وان وصفت به معرفة اضفته الى الالف واللام ولا يجوز ان تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما اشبهه انتهى ولا ريب ان المضاف اليه لذي فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف ايضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة وكان وهمه ذهب الى ذي الذي هو مؤنث ذا من اسماء الاشارة التي هي من انواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم هفوة (ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فيقوم الارض بدون الشجر والبناء ويقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بالفصل في الساحة بني فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بني فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى بخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح اذ لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رح في اصل المسألة ان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه وفي السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق تتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو

نقصان عند ابي حنيفة رح وعند هما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو
نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت
قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة
خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ قوله ولان ملك صاحب الارض الى آخره اقول لمتوهم ان يتوهم
ان قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسألة في الغصب بان قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى فالجواب ان
المراد بالغصب المذكور في وضع المسألة هو معناه اللغوي والغصب المنفي محققه في الارض في اثناء التعليل هو معناه الشرعي على اصل ائمتنا فلا
منافاة وقال صاحب غاية البيان قدمر في اوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول ان عبارات مشائخنا اختلفت
في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فقال بعضهم يتحقق فيها الغاصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه
مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب
ارضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه ان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا كما في قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة
انتهى كلامه اقول قدمر منا ايضا هناك انه لم يقل احد من مشائخنا ان الغصب الشرعي يتحقق عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في
العقار ولو قال ذلك لما صح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب
حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشائخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه
ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب ارضا على القول
بتحقق الغصب الشرعي في العقار على انه لو بنى عليه لورود السؤال على قول المص رح في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها
اذ يلزم حينئذ ان لا يطابق التعليل المعلل واما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار
بانه لما كان في صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

**فصل** لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو
داب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية ايضا بعبارة اقصر اقول فيه كلام وهو ان المذكور في الفصل السابق ما يوجب
الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه
قطعا قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب
ولو سلم ذلك كان ينبغي ان يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك
قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها
ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه
ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل
لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن) قوله وقال الشافعي رح لا يملكها الخ قال صاحب العناية
بعد شرح كلام المصنف رح وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل للشافعي رح بذلك مناسبا انتهى واورد
عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يضرنا غايته ان يكون وجها آخر لنا في الجواب انتهى اقول كيف لا يضرنا
غاية عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسألة وتزييف دليل خصمنا لا يضرنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا



لكان ينبغي على المصنف رح بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف رح عن تزييف دليله بهذا الوجه
بما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله الى آخره كما اشار اليه ذلك البعض وبقوله غايته ان يكون وجها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله
ولنا انه ملك البدل الى آخره لا يصلح جوابا عما قاله الشافعي رح الا بطريق المعارضة باقامة دليل على ما قاله الشافعي رح ولا يندفع به اشكال ان
يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي رح في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب
سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الامر الجلي القاطع عند امكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف
لما هو كثير المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من ان سوق كلام المصنف رح
ههنا يشير الى ان سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي ابو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب تفيد الملك
في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي عليه (قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي
الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان ظهرت
العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو
للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار فان كان ضمنه بقول الغاصب
مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي
الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب
في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رح انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات
الرضا ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان الملك الثابت
فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون
العتق كملك المكاتب) قوله الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك الخ فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب
بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشائخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط
اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة
وعن المشائخ من فرق بين هذه والمسألة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين باقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب
فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكر من وجه الفرق نظر
فانه انما يفيد ان لا يكون الغاصب في هذه المسألة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع
الا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسألة على مسألة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في
صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل
الذي كان معتبرا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة
صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة
في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد المغصوب
مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا
ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه

ويد المالك ماكانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) قوله ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير الخ واعترض بان
هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل
فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق
عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح اقول في الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال ان لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره
اذ الظاهر ان محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا ومملوكا وقد تقرر في محله انه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم ان يكون مالا ولئن سلم ان محل
الاعتاق والتدبير لا يلزم ان يكون مالا بل يكفي ان يكون ملكا وان الملك يجوز ان يتحقق في غير المال ايضا فالجواب المذكور لا يصلح
لعبارة الكتاب لان الحاصل منه ان وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لان يد المالك
ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك ان هذه العبارة
لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا مع انه لا يضمن الزيادة في ها تيك الصورة ايضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض
المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه
وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها
اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر
مشائخنا رح ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية) قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر الخ اقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير
حامل فحبلت في يد الغاصب واما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزء من امه حين الغصب وكان ازالة يد المالك
عن امه يستلزم الازالة عنه ايضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن اجزائه فلا يتصور اذ ذاك ان يقال ولو اعتبرت ثابتة
على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه ايضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين
ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة
تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق و
الملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا
انتهى كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب نظر لان الضمان مصدر
للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفا له
ايضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل الفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي يحتاج الى المفعول به في التعقل
والوجود جميعا والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو
وصف له وقال ولا امتناع في قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب
لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه ان الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال ايضا
حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد
الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة زيفها وذلك كغصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل به يد المالك
بل ازال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق
الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البير في غير الملك وليس ثمه ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على



التفسير المذكور يوجب الضمان مطردا لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا
يثبت كل شخص منه بشخص من العلة فما يكون تعديا الى هنا كلامه اقول هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد ان لو كان المراد بالسؤال
المذكور ان قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصور المزبورة بدون تحقق الغصب
على التفسير المذكور فيها واما اذا كان المراد بذلك ان تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصور المزبورة لان حاصل
هذه العلة ان تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك ان ذلك التفسير غير متحقق في الصور المزبورة
ايضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالاولى في السؤال والجواب ما فصل
في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما (ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو
اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب في قيمة الولد وفاء
به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح
جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره
او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم) قوله ولهذا يتكرر بتكررها قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل
اي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب
ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى
لانه اوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه
في الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر
الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره اكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل احد سواه بترجيح المعنى الثاني
على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج
الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية
التي هي الاخراج من الحرم انتهى كلامه اقول لا جواز عندي للمعنى الثاني ههنا اصلا فضلا عن ان يكون هو الاولى كما زعمه صاحب النهاية
فان قول المصنف رح ولهذا يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جناية كما ترى ولا يصح هذا التفريع على تقدير حمل قوله يتكرر بتكررها
على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون امارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب
فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل
رواية المبسوط في المناسك اوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك صيد الحرم الى الحرم بمنزلة
ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من
شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا انتهى تدبر تقف (ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد
وهو الولادة او العلوق على ما عرف) قوله ولنا ان سبب الزيادة الخ ذهبت جماعة من الشراح وهم اصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الى ان قول المصنف رح
على ما عرف اشارة الى ما يجئ في مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى انه اشارة الى ما ذكر في طريقة
الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول ايضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب
جارية فزنى بها على ما يجئ انتهى اقول لا مجال عندي للحمل على الاول اصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وما يجئ

فے مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك ان ما هو سبب لاحدهما لا يصلح ان يكون سببا للآخر ايضا البتة حتى يصح حوالة معرفة احدهما على معرفة الآخر الا يرى الى قول المصنف رح فيما سيأتي وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا انتهى فان ذلك صريح فے ان الولادة لا يكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة ان العلوق ايضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت ابعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع انه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة او العلوق ثم ان المعروف فى الحوالة على الآتي ان يقال على ما سيجئ او على ما ستعرف بصيغة المضارع واما ان يقال فى مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف فے طريقة الخلاف لا غير (وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) قوله وعند ذلك اى لان السبب لو حد لما اثر فے الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن فے ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شئ بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا فى الشروح واعترض بانه لم يخرج جواب للخصم عن اصل دليله وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابر النقصان وقع فے ملكه بل هو على حاله واجيب بان المصنف رح اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا زبدة ما فے النهاية والعناية اقول الجواب منظور فيه فان النقصان امر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذ وضع مسئلتنا فيما اذا انتقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لان لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة فے شرح قول المصنف رح وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله فے اصل المسئلة فان كان فے قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان يعد نقصان المغصوب الواقع فے يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان فے سائر المواضع وان لا يعد نقصانه الواقع فے يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم ان يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا الائمتنا من ذلك فليتأمل (وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب فے يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد فے السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت فے نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه فے الحرة هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن فے الامة ايضا لهما ان الرد قد صح) قوله وصار كما اذا غصب جارية الخ اقول لقائل ان يقول لا اتحاد فے السبب فے هاتين الصورتين اذ لا شك ان سبب النقصان وهو الهزال فے الصورة الاولى وسقوط الثنية فے الصورة الثانية تغاير سبب الزيادة وهو السمن فے الاولى ونبت الثنية فے الثانية وقد رد المصنف رح فيما بعد قياس الخصم على نحو جز اصوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد فے السبب فے المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد فے السبب فيهما ايضا ثم اقول فے الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر فے قدح القياس فے عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده ان لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره بخلاف عدم اتحاده اذ لا وجه عنده اصلا لان لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق فے القياس فى سقوط

الضمان





الضمان كما هو مدعانا لانه اذا سقط الضمان عند اتحاد السبب مع عدم جواز ان لا يعد النقصان هناك نقصانا فلان سقوط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز ان لا يعد النقصان هنا نقصانا اولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف فے الفرق بين القياسين ولم يسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق ان الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف انتهى اقول ليس هذا بشئ لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا ان سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام فے نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه (والهلاك بعده بسبب حدث فے يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت فے يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت فے يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت فے يد البائع فولدت عند المشتري وماتت فے نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت فے يد الغاصب جناية فقتلت بها فے يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفے فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب فے يد الغاصب) قوله والهلاك بعده بسبب حدث فے يد المالك وهو الولادة الخ اقول يرد عليه فے الظاهر انه جعل الولادة ههنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بانها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل فے التوجيه (قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق فے المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شئ عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فے امكانه اذ هي لم تكن حادثة فے يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها) قوله ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فے امكانه الخ لقائل ان يقول مقتضى هذا الدليل ان لا يجب الاجرة على المستاجر فيما اذا احدث المنافع فى يده كما فى استيجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع انه يجب عليه الاجرة فے ذلك بالاجماع ولم ار احدا حام حول هذا الاشكال مع ظهور وروده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم تمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة فے حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة انتهى اقول هذا الجواب وان كان مما يصلح ان يكون مخلصا ههنا الا انه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا فے كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وينعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لان المعاوضة يقتضي التساوي والملك فے المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا فے بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام المنفعة فے احق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر فے حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تاويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف ثم اقول الاولى فے الجواب عندي ان يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستاجر فيما اذا احدثت المنافع فے يده ان يقال انما هو على موجب القياس وقد تقرر فے اول كتاب الاجارات ان الاجارة

يأبى جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وان جوزها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة ان يجب الاجرة على المستاجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بعد وثاني يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك الموجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان) قوله ولانها لا تماثل الخ اقول لقائل ان يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع الغصب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على انها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها اصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبنى تقرير المصنف رح هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع وكانه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره ويرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به احد او بالاعيان وهو باطل ايضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين يبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه ايضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما ان تكون مضمونة بامثالها من المنافع او بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان تكون مضمونة بالامثال وبين المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز ان يكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم انتهى قال صاحب العناية واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما يكون بين باق وباق لا بين باق وابقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض الا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبقى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت لما ذكرنا فدل ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات انتهى كلامه اقول فيما ذكره في كل من الجوابين شيء اما في الاول فلان تنويره بقوله الا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبقى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضاء تاثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته الف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا الا يرى ان التفاوت بين جوهر وعرض يجوز ايضا بالعقد كما اذا استاجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان ان لا يتصور بين جوهر وعرض كما صرح به واما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استيجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهمه لان التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش الا يرى ان التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت غير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز ان يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم ايضا كذلك فمن اين ثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات نعم يجوز ان يكون المراد بالقربان بالاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكره من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي (وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود



العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين) قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف الخ قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ اي العلل التي هي مناط الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثها بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى آخره انتهى اقول فيه نوع خلل لانه قال او ما ذكره بكلمة او وهي لاحد الامرين ولا شك ان العلل التي كانت مناط الحكم ههنا واشار اليه المصنف رح بهذه المآخذ هي ما ذكره اولا وثانيا وثالثا باقوالها المزبورة لا امر آخر فكيف يصح العطف بكلمة او وقال صاحب الغاية ههنا اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم واراد بالمآخذ ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا انها لا تماثل الاعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص انتهى اقول يرد على ظاهره ان العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف رح اولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قول هذا الشارح اراد بالمآخذ هذا واراد بها ذاك والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله واراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وتعيينه وكانه قال اراد بمعنى المآخذ ههنا هذا واراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وما صدق هو عليه ظاهرة فيصح العطف الا انه لو قال في الثاني واراد بهذه المآخذ ما ذكره الى آخره لكان احسن لكونه ادل على ارادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن ثم اقول بقي في هذا المقام بحث قوي وهو انه قد صرح في معتبرات الفتاوى بان منافع الغصب مضمونة عندنا ايضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع ان العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور ايضا فان قلت العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان قلت ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

## فصل في غصب ما لا يتقوم

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذي ذكرنا انما يتحقق فيه شرع في بيان احكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضيته ان يصير متقوما باعتبار ديانة المغصوب منه انه متقوم او بتغيره في نفسه الى التقوم انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية اقول لا يذهب عليك انه لا حاجة ههنا الى المصير الى اعتبار عرضيته ان يصير ما لا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم بيانه في بعضها ففي ما لا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضيته ان يصير متقوما باعتباره اصلا فان اعتبار عرضيته ان يصير متقوما مما لا تاثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع اباء عنه ولعل لبعض الشراح تنبهه لهذا فترك حديث اعتبار عرضيته ان يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم انتهى ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم بل يجب به الضمان ام لا انتهى (قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رح لا يضمنها للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في حق الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا) قوله ولنا ان التقوم باق اقول فيه اشكال من وجهين احدهما ان الخصم قال انهم اتباع لنا في الاحكام وتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة

الشروع فكيف يتم التعليل بان التقوم باق فى حقهم فى مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم اتباعا لنا فى الاحكام والتعليل فى مقابلة النص غير صحيح على ما عرف فى علم الاصول فان قلت نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما ذكر فى اثناء التعليل من قبلنا فيدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلوة والسلام اتركهم وما يدينون على مذهبنا ههنا قلت للخصم ان يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات ايضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن اين يثبت الرجحان والثانى انه قد تقرر فى علم الاصول انه لا خلاف فى ان الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات ايضا فى حق المواخذة فى الآخرة واما فى حق وجوب الاداء فى الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغى ان يكونوا مخاطبين بالخطابات الدالة على عدم تقوم الخمر والخنزير ايضا ثم اقول يمكن الجواب عن كل واحدة منهما اما عن الاول فبان يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم اتباعا لنا فى الاحكام فان عمر رضى الله عنه لما سال عماله ما اذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور قالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما فى حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم ينكره احد فحل محل الاجماع وقد صرح به بعض الشراح واما عن الثانى فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم ايضا واما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين بالمعاملات بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثانى لان الخمر كانت متقومة فى شريعة من قبلنا وفى صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد فى حقنا بدليل السياق والسباق فيبقى فى حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به فى الكافى والكفاية فلم يبق مجال التعميم للكفاية ايضا وكذا الحال فى الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير كانا حلالين فى الامم الماضية وكذلك فى حق هذه الامة فى ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا فى حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا فى حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا فى حق المسلمين فبقى حلالا فى حق الكفار فكذا ههنا الا ترى الى خطاب الله تعالى المؤمنين فى سورة المائدة بقوله يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذى يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى ههنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذى لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الكلام فى المسئلة من حيث المعنى فبعض مشائخنا قالوا الخمر مباح فى حق اهل الذمة وكذلك الخنزير والخمر فى حقهم كالخل فى حقنا والخنزير فى حقهم كالشاة فى حقنا فى حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما فى حقهم ودليل الاباحة فى حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل فى اسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة فى حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى او معقول المعنى لا يوجد ههنا او يوجد لكنه يقتضى الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة لان الصد لا يوجد فى الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة فى حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة فى حقهم كما هى ثابتة فى حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ما عرف فى اصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما فى الحال فهى بعرض ان يصير مالا متقوما فى الثانى بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما فى الجملة ولا يقف على ذلك الحال الا يرى ان المهر والجحش وما لا منفعة له فى الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثانى ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير بما روى عن على رضى الله عنه انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر واكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم فى ذلك ونفى الضمان بالغصب والاتلاف يفضى الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب او اتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على



ذلك وفى ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله اعلم الى ههنا عبارة البدائع (ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقى التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها) قوله (ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ) اقول لقائل ان يقول فلم لا نتركهم وما يدينون فى بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فانهم ممنوعون منها على ما مر فى كتاب السير والجواب ان امثالها استثنى مما يدينون بدلائل ذكرت فى مواضعها كما ان الربوا استثنى من عقودهم بقوله عليه الصلوة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد على ما سياتى بيانه عن قريب قال صاحب العناية اخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسى عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها فى جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد فى ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم وذلك لا نورثها انتهى اقول ليس فيما ذكره كثير حاصل اذ مراد المجيب ايضا ان عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بانكحة المحارم نعم يعتقد المجوس صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل فى النهاية وان اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقض بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض ثم اقول بقى ههنا كلام آخر وهو ان للسائل ان يورد النقض حينئذ بمسلمات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر فى جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن الارث فى اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتامل فى الجواب (وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمى لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين) قوله (وهذا بخلاف الربوا الخ) متعلق بقوله لان الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من عطف حينئذ انتهى اقول تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها ما يابى عن ذلك جدا لا يستقيم ان يكون الربوا فى خلاف قوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربوا ما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربوا فى دينهم بقوله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربوا مخالفا لقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذى مسكة وعلى تقدير ان يكون قول المصنف رح وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يصير المعنى وهذا اى قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربوا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا واما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله لان الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا اى وعدم كون الذمى ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربوا لكونهم ممنوعين عن الربوا ولا يخفى ان هذا المعنى سديد وان كلمة هذا التى يشار بها الى القريب فى محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى ان يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكره من الخمر والخنزير انتهى اقول هذا اقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة

بهذا الى الخمر والخنزير بتأويل ماذكرنا رحمه يصير المعنى وهذا الذى اى ماذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربوا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربوا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقرير بان يقال المراد وهذا الخلاف الربوا فى الضمان تحصيل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا ايضا لان الضمان انما يتصور فى الاتلاف ومسئلة الربوا مالا مساس بذلك تدبر تفهم (وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان المسلم يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شئ وياخذ جلد الميتة ويرد عليه مازاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا اخللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثانى اذا دبغه بماله قيمة كالقرض والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شئ وياخذ الجلد ويعطى مازاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع) قوله وبخلاف متروك التسمية الخ قال فى العناية يعنى لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان نقول بموجب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم فى اعتقاد الشافعى رح ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم فى ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور فى الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضى ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه انتهى اقول هذا ساقط جدا اما اولا فلان القاضى انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة او الاجماع واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلثة فلا يصح ان ينفذه القاضى اصلا كما صرحوا بذلك كله فى كتاب القضاء ومثلوا لما يخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا فى متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ واما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور ان علة الامر بالترك فى قوله عليه الصلوة والسلام اتركوهم وما يدينون هى عقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة فى ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى ان هذا يدفع السوال بان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضى ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح فى دفع الجواب المذكور السوال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه فى محله (قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابى حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى مازاد الدباغ فيه ولو هلك فى يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك مازاد الدباغ فيه) قوله ولو هلك فى يده لا يضمن بالاجماع الخ قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف رح انتهى اقول ليس هذا بسديد لان الذى لا يحتاج الى دليل ما اجمع عليه الامة بالاجماع الذى هو احد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفى دليلا عليه والظاهر ان مراد المصنف رح بالاجماع ههنا هو اجماع ائمتنا الثلثة الذين وقع الخلاف بين اعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك



لا اجماع الامة الذى هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين فى عصر من امة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال فى معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلثة يعنى مالكا والشافعى رح واحمد رح لو تخللت الخمر بنفسها وهلكت فى يد الغاصب يضمن واما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفى الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن وفى قول وجب رده يضمن انتهى فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلثة لائمتنا فى بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصرى ابى حنيفة رح والشافعى رح من معاصرى محمد رح فلم يتحقق اجماع الامة فى زمنهم على عدم الضمان فى بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع امة اخرى من قبل فلم يكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك فى يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو انه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل فى هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدى انتهى كلامه اقول ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه اظهر من سائر الادلة التى ذكر بالسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان فى استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من داب المصنف رح ترك ذكر الدليل بالكلية فى شئ من المسائل ثم اقول لعل وجه عدم ذكر المصنف رح دليل هذه المسئلة ههنا انفهامه مما ذكره فى دليل مسئلة الاستهلاك بشير اليه قطعا قوله فى اثناء دليل وبهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه يخلفه قيمته كما فى المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويوخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى مازاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له فى حق التقوم) قوله اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه الخ قال صاحب العناية فيه نظر لان نفس الغصب فى هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا نسلم اولا ان نفس الغصب فى هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف فى صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل او القيمة بالهلاك او الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافى كون الاستهلاك ايضا سببا له ومقصود المصنف رح قياس المتنازع فيه على تلك الصورة فى كون التعدى بالاستهلاك سببا للضمان المتعدى ما استهلكه واعطاء المالك مازاده الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الامر ان فى جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافى فى صحة القياس عليه فى السبب المشترك وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال فى حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان فى محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقى الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما فى الثوب الا ان هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان ايضا فله ان يضمنه باى السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثانى فكان هو فى هذا السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطى الغاصب مازاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكى والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة) قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه الخ قال صاحب العناية فى شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم

الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك انتهى كلامه وتقفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر اذ لا شك ان عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعته لا يجب ان يكون باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر ان عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما اشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية ايضا في تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه فحينئذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيده انا قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها ايضا غير مضمونة في صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد صورة الغصب وهي الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك او كان مجرد حصول التقويم للمأخوذ بعد الاخذ كافيا في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الآخذ جبرا مع انه خلاف ما عليه الاجماع ثم اقول لما ظهر بما بيناه ان كون مراد المصنف رح بقوله كما اذا هلك من غير صنعته ما ذكره الشارحان المزبوران مما لا يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا ان نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز ان يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعته هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا في صورتين ويجوز ان يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز ان يكون هذا السبب سببا ايضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعة لا من حيث وجوب ان يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب ان يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز ان يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء احد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء السبب فيلزم ان لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف

(ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما له ذلك)

قوله ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته الخ قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك اي مطلقا بلا خلاف ويقتضي هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما له ذلك كما لا يخفى اقول تعليل هذا القول الاتفاقي بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندي فانه لا يتمشى على اصل الامامين اذ قد مر ان اصلهما ان الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقته والمراد بما مر ان الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا اراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ كما اشار اليه المصنف رح بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا



على الغاصب بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ ولهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على انه لو كان المراد ههنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب يقال المصنف رح بخلاف الثوب دون ان يقول بخلاف الصبغ الثوب لان الصبغ في الثوب بازاء الدباغ في الجلد تأمل (لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قوله لانه اذا تركه عليه الخ قال صاحب العناية فيه نظر لان العجز في الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك انتهى اقول يمكن ان يجاب عن هذا النظر بان العجز في الاستهلاك لما كان لامر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عليه وضمنه القيمة بسبب ان الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير اخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه او لا يهمه ذلك فكان السبب الاصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه الا يرى انه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو لمالكه بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند احد اصلا (ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثر ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنهما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رح انه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رح هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشائخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشائخ

وقد اثبتناها في كفاية المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رح روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رح انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان

الی غیرہم وتجب قیمتہا غیر صالحۃ للّهو فی الجاریۃ المغنیۃ والکبش النطوح والحمامۃ الطیارۃ والدیک المقاتل والعبد الخصی تجب القیمۃ غیر صالحۃ لہذہ الامور کذا ہہنا وفی السکر والمنصف تجب قیمتہا ولا یجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملک عینہ وان کان لو فعل جاز وہذا بخلاف ما اذا اتلف علی نصرانی صلیبا حیث یضمن قیمتہ صلیبا لانہ مقر علی ذلک قال ومن غصب ام ولد او مدبرۃ فماتت فی یدہ ضمن قیمۃ المدبرۃ ولا یضمن قیمۃ ام الولد عند ابی حنیفۃ رح وقالا یضمن قیمتہما لان مالیۃ المدبرۃ متقومۃ بالاتفاق ومالیۃ ام الولد غیر متقومۃ عندہ وعندہما متقومۃ والدلائل ذکرناہا فی کتاب العتاق من ہذا الکتاب) قولہ ثم قیل یضمنہ قیمۃ جلد مدبوغ ویعطیہ ما زاد الدباغ فیہ الی آخرہ یعنی اختلفت المشائخ فی کیفیۃ التضمین علی قولہما فقال بعضہم یضمنہ قیمۃ جلد مدبوغ ویعطیہ ما زاد الدباغ فیہ کما فی صورۃ الاستہلاک وقال بعضہم یضمنہ قیمۃ جلد ذکی غیر مدبوغ کذا فی الشروح اقول ثمرۃ ہذا الاختلاف غیر ظاہرۃ عندی فان قیمۃ جلد مدبوغ بعد ان یطرح عنہا قدر ما زاد الدباغ فیہ ہی قیمۃ جلد ذکی غیر مدبوغ بعینہا اذ قد قال المصنف رح فیما مر فی بیان اخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فیہ انہ ینظر الی قیمتہ ذکیا غیر مدبوغ والی قیمتہ مدبوغا فیضمن ما بینہما وذاک صریح فی ان ما یبقی من قیمۃ جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فیہ ہو قیمۃ جلد ذکی بعینہا فما فائدۃ الاختلاف المذکور والمآل واحد واللہ تعالی اعلم واحکم

## تمت

قد تم التکملۃ للمجلد الثالث من فتح القدیر الشہیر بنتائج الافکار ویتلوہ التکملۃ للمجلد الرابع بمشیۃ اللہ العزیز القدیر

سال ۱۳۴۸ خورشیدی
بازبینی شد

مقلداًلمن يقول با لبطلا ن لا يصح البيع بالنسبة الى البايع(١-٢-٣)ايضاًلانه متقوم بطرفين فاللازم ان يكون صحيحاً من الطرفين(٤)و كذافى كل عقد كان مذهب احدالطرفين بطلانه و مذهب الاخرصحته ( مسئلة ٥٦) فى المرافعات اختيا ر تعيين الحاكم بيدالمدعى الا اذاكان مختا ر المدعى عليه اعلم بل مع وجود الاعلم و امكان الترافع اليه الاحوط الرجوع اليه مطلقاً(٥-٦)(مسئلة٥٧)حكم الحاكم الجامع للشرايط لا يجوز نقضه ولو لمجتهد آخر الااذا تبين خطاؤه (مسئلة ٥٨) اذا نقل ناقل فتوى المجتهد لغيره ثم تبدل رأى المجتهد فى تلك المسئلة لا يجب على الناقل اعلام من سمع منه الفتوى الاولى وان كان احوط بخلاف ما اذا تبين له خطاؤه فى النقل فا نه يجب علـيه الاعلام ( مسئلة ٥٩ ) اذا تعا رض النا قلان-٧ فى نقل الفتوى تسا قطاو كذا البينتا ن واذا تعا رض النقل مع السماع عن المجتهد شفاهاً قدم السماع وكذا اذا تعارض مافى الرسالة مع السماع و فى تعارض النقل مع مافى الرسالة قدم مافى الرسالة ٨مع الامن من الغلط (مسئلة٦٠) اذاً عرضت مسئلة لايعلم حكمها ولم يكن الاعلم حاضراًفان امكن تأخير الواقعة الى السؤال يجب ذلك•٩-١٠•والافان امكن الاحتياط تعين•١١•وان لم يمكن يجوز الرجوع الى

(١) بل يصح بالنسبة اليه - ق
(٢) لايبعد جواز ترتيب آثار الصحة بالنسبة الى القائل بصحة العقد - ك
(٣) الاقوى الصحة بالنسبة الى البايع و التعليل عليل و كذا فى سائر العقود - ص
(٤) تلازمهما فى الواقع لا يوجب التلازم فى الحكم الظاهرى فلايبعد جواز ترتيب آثار الصحة للبايع-ط
(٥) اذا كان منشأ النزاع الاختلاف فى الحكم الشرعى و اختلف الاعلم وغير الاعلم فى الفتوى والا

فلا دليل على وجوب الرجوع الى الاعلم فى القضاء - ص
(٦) لاوجه للاحتياط فى غير ما كان منشأ الاختلاف الشبهة الحكمية و كانا مستفتيين او كانا متداعيين و قد حكم كل من الحاكمين بخلاف الاخرولوفى الشبهة الموضوعية - ق
(٧) حكم التعارض ليس على نسق واحد بل يختلف بحسب المقامات-ك
(٨ ) اطلاقه محل اشكال - ط
(٩ )اوالعمل بالاحتياط -ك-
(١٠)على الاحوط -ق
(١١)الاقوى هنا جوازالرجوع الى غير العلم - ط-ق



المسئلة بل يجب الرجوع الى الحى الاعلم فى جواز البقاء وعدمه(مسئلة١٦)عمل الجاهل المقصر الملتفت(١-٢) باطل وان كان مطابقا للواقع واما الجاهل القاصر او المقصر الذى كان غافلا حين العمل وحصل منه قصد القربة فان كان مطابقا لفتوى المجتهد الذى قلده بعد(٣) ذلك كان صحيحاً (٤) والاحوط مع ذلك مطابقته لفتوى المجتهد الذى كان يجب عليه تقليده حين العمل (مسئلة ١٧) المراد من الاعلم من يكون اعرف بالقواعد والمدارك للمسئلة واكثر اطلاعا لنظائرها وللاخبار واجود فهماً للاخبار والحاصل ان يكون اجود استنباطا والمرجع فى تعيينه اهل الخبرة و الاستنباط (مسئلة ١٨) الاحوط عدم-٥ تقليد المفضول حتى فى المسئلة(٦-٧)التى توافق فتواه فتوى الافضل(مسئلة١٩)لايجوز تقليد غير المجتهد وان كان من اهل العلم كما انه يجب على غير المجتهد التقليد وان كان من اهل العلم (مسئلة ٢٠)يعرف اجتهاد المجتهد بالعلم الوجدانى كما اذاكان المقلد من اهل الخبرة وعلم باجتهاد شخص وكذا يعرف بشهادة عدلين من اهل الخبرة اذالم تكن معارضة بشهادة اخرين من اهل الخبرة ينفيان عنه الاجتهاد وكذا يعرف بالشياع المفيد للعلم وكذا الاعلمية تعرف بالعلم اوالبينة الغير المعارضة اوالشياع المفيد للعلم (مسئلة٢١)اذا كان مجتهد ان لا يمكن تحصيل العلم باعلمية احدهما ولا البينة فان حصل الظن باعلمية احدهما تعين تقليده بل لـو كان فى احدهما احتمال الاعلمية يقدم كما اذاعلم انهما اما متساويان اوهذا المعين اعلم ولا يحتمل اعلمية الاخر فالاحوط تقديم من يحتمل اعلميته

(١) فيما تعتبر فيه القربة - ك
(٢ ) الا ان ياتى بالعمل بقصد الرجاء ويحرز مطابقته للوظيفة بعد العمل فالاقوى الصحة ويجب عليه تحقيق ذلك بعد العمل-ق
(٣) بل المعتبر المطابقة للواقع نعم طريق المقلد الى الواقع فتوى المجتهد الذى يجب تقليده فعلا - ك
(٤) مناط صحة عمل الجاهل قاصرا

كان او مقصرا عبادة كان العمل او غير هاهو و قوعه مطابقا للواقع اولفتوى من كان يجب عليه تقليده حين العمل نعم يكفى فى احراز الواقع فتوى من يجب عليه تقليده فعلا - ط
(٥)بل الاقوى الجواز - ص
٦ - الاقوى الجواز فى صورة الموافقة - ك
(٧ ) و ان كان الا قوى الجواز - ق

سال ۱۳۴۸ خورشیدی
بازبینی شد



فمشكل(١)( مسئلة ٣٦)فتوى المجتهد يعلم باحدامور•الاول•ان يسمع منه شفاهاً•الثانى• ان يخبر بها عدلان •الثالث• اخبار عدل واحد بل يكفى اخبار شخص موثق يوجب قوله الاطمينان(٢)وان لم يكن عادلا•الرابع•الوجدان فى رسالته ولابدان تكون مأمونة من الغلط (مسئلة٣٧) اذا قلد من ليس له اهلية الفتوى ثم التفت وجب عليه العدول وحال الاعمال السابقة حال عمل الجاهل الغير المقلد وكذا اذاقلد غير الاعلم وجب على الاحوط العدول الى الاعلم واذاقلد الاعلم ثم صار بعد ذلك غيره اعلم وجب العدول الى الثانى على الاحوط ٣.(مسئلة ٣٨) ان كان الاعلم منحصراً فى شخصين(٤) ولم يمكن التعيين-٥فان امكن الاحتياط بين القولين فهوالاحوط والاكان مخيراً بينهما (مسئلة٣٩) اذاشك فى موت المجتهد اوفى تبدل رأيه اوعروض مايوجب عدم جواز تقليده يجوزله البقاء-٦-الى ان يتبين الحال (مسئلة ٤٠) اذاعلم انه كان فى عباداته بلا تقليد مدة من الزمان ولم يعلم مقداره فان علم(٧) بكيفيتها وموافقتها للواقع اولفتوى المجتهد الذى يكون مكلفا بالرجوع اليه(٨-٩)فهو والافيقضى المقدار الذى يعلم معه بالبرائة على الاحوط وان كان لايبعد جواز الاكتفاء بالقدر المتيقن (مسئلة ٤١) اذا علم ان اعماله السابقة كانت مع التقليد لكن لايعلم انهاكانت عن تقليد صحيح ام لابنى على الصحة (مسئلة ٤٢)اذاقلد مجتهداًثم

١ - ولا يبعد الصحة - ك
٢ - بل وان لم يوجب الاطمينان والاطمينان ايضاكاف وان لم يكن من خبر الثقة - ق
٣ - بل الاقوى فى الصورتين -ك
٤ - و لم يحتمل تساويهما و الا كان مخيرا مطلقا - ط
(٥) و لم يحتمل اعلمية احدهما

المعين - ص
(٦) بل يجب عليه البقاء فى غير موارد العدول - ص
٧ - اواحتمل - ط - ق
٨ - بل الذى كان مرجعه حين العمل كمامر - ط
(٩) اذا افتى له بعدم وجوب القضاء - ص



شك فى انه جامع للشرايط ام لاوجب عليه الفحص( ١-٢ ) (مسئلة٤٣)من ليس اهلا للفتوى يحرم عليه الافتاء وكذا من ليس اهلا للقضاء يحرم عليه القضاء بين النـاس وحكمه ليس بنافذ ولا يجوز الترافع اليه ولا الشهادة عنده والمال الذى يؤخذ بحكمه حرام وان كان الاخذ محقا(٣-٤)الا اذاانحصر استنقاذ حقه بالترافع عنده(مسئلة ٤٤)يجب فى المفتى والقاضى العدالة و تثبت العدالة بشهادة عدلين و بالمعاشرة المفيدة للعلم بالملكة ( ٥ ) او الاطمينان بها و بالشياع-٦ المفيد للعلم-٧(مسئلة٤٥)اذا مضت مدة من بلوغه وشك بعد ذلك فى ان اعماله كانت عن تقليد صحيح ام لا يجوز له البنـاء على الصحة فى اعماله السابقة وفى اللاحقة يجب عليه التصحيح فعلا(مسئلة٤٦)يجب على(٨)العامى ان يقلد الاعلم فى مسئلة وجوب تقليد الاعلم اوعدم وجوبه ولا يجوز(٩)ان يقلد غير الاعلم اذا افتى بعدم وجوب تقليد الاعلم بل لو افتى الاعلم بعدم وجوب تقليد الاعلم يشكل جواز(١٠-١١-١٢)

١ - اذا لـم يحرز حين التقليد اجتماعه للشرائط بالطريق المعتبر شرعا والا فلا يجب عليه الفحص ان شك فعلافى اجتماعه للشرائط من الاول واما اذا احتمل زوالها بعد ذلك فيبنـى علـى البقـاء مـن غيـر اشكال - ك
٢ - هذا اذا كان الشك فى جامعيته لها من اول الامر و اما ان شك فى بقائها بعد تحققها فالاقوى عدم الوجوب - ط
(٣) الظاهر ان المحرم فى المحق هو الاخذ لا المال المأخوذ نعم انكان حقه عليه كليا وكان تعيينه فى الماخوذ باعطاء الحاكم قهرا كان المأخوذ ايضا حراما - ط
(٤) اذا كان عينا خارجية واما اذا كان كليا فى الذمة ففيه

اشكال - ص
(٥) قد مضى كفاية حسن الظاهر تعبدا - ق
(٦) وبحسن الظاهر كما عرفت-ص
(٧) اوالاطمينان العقلائى - ك
(٨)الظاهر ان وجوب تقليد الاعلم فى موارده كوجوب اصل التقليد ليس من المسائل التقليديه - ص
(٩) الا اذالم يكن للاعلم فتوى فى خصوص هذه المسئلة او كان ولم يعلمها المقلد - ص
(١٠)لااشكال فيه - ط
(١١)الاقوى جواز الا عتماد عليه كما يجوز الاعتماد عليه فى جواز البقاء على تقليد الميت الا اذا احرز المقلد وجوب تقليد الاعلم فى الفرعيات - ك
(١٢) لااشكال فيه اصلا- ق

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثالث من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار الزهية الكاشف لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفيه المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية الشهير

# نتائج الافكار
# فتح القدير مع هدايه

للعلامة [illegible] الامام [illegible] سيد الفقها عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاحمدي الافندي الملقب بقاضي زاده اسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح التام من علماء المطبع وسعي من مالك المطبع رقاه الله معارج المعالي

في المطبع المتبارز مطابع الدهور المعزى الى منشى نولكشور الواقع في مصر لكهنؤ

BY J.B

قسطلانی۔ شہاب الدین قسطلانی کی شرح صحیح البخاری مسمی بارشاد الساری معروف بہ قسطلانی دس مجلدات مین پوری شرح خط نسخ

سنن ابی داؤد۔ ہر چہار جلد کامل دو جلد مین از امام سلیمان بن اشعث داخل صحاح ستہ معروف۔ جدید الطبع۔

دلائل الخیرات۔ باترجمہ فارسی و اسماے متبرکہ و خواص اسمار حسنے معروف۔

زاد السبیل الی الجنۃ والسلسبیل۔ ذخیرہ احادیث مولانا غلام یحیی۔

عناصر الخیرات۔ باترجمہ اردو از حکیم ناصر علی صاحب آروی بے نقط درود کا مجموعہ۔

## کتب فقہ فارسی

ہدایہ۔ پیشانی پر اصل عربی اور تحت مین ترجمہ فارسی مع شرح از علماے کلکتہ جو مدت سے متداول ہر دو مجلد کامل۔

شرح سفر السعادت۔ از مولانا عبد الحق دہلوی معروف۔

حج الحج۔ مسمی بہ غایۃ الشعور از ملا محمد شاہ۔

تذکرۃ الجمعہ۔ احکام جمعہ از مولوی عبد السلام

تبیان۔ در حکم تمباکو و حقہ از ملا معین الدین۔

بدائع منظوم۔ کمسائل فقہ نظم فارسی از ناظم علی رح۔

نام حق۔ مشہور درسی از شیخ شرف الدین بخاری

مائۃ مسائل۔ سو مسائل از مولانا احمد اللہ رحمہ اللہ۔

شرح وقایہ فارسی۔ مع حاشیہ ملتقی الابحر از شاہ عبد الحق محدث دہلوی۔

مسلک المتقین۔ مرغوب علماے ولایت از مولوی الہ یار خان۔

فتاوی برہنہ۔ جامع ابواب فقہ از مفتی نصیر الدین۔

قدوری۔ مترجمہ مولانا ابو القاسم۔

شرح فارسی مختصر وقایہ۔ از عبد الرحمن جامی

کنز فارسی۔ از مفتی نصیر الدین کرمانی محشے مع فرہنگ۔

مالا بد منہ۔ از قاضی ثناء اللہ رحمہ اللہ مع وصیت نامہ۔

شرح مختصر وقایہ کو رمیری۔ از مولانا جلال الدین سمرقندی۔

رسالہ تنبیہ الانسان۔ در حلت و حرمت جانوران۔

رسالہ قاضی قطب۔ ذکر ایمان و ارکان۔

## کتب تفاسیر فارسی

تفسیر حسینی از ملا حسین واعظ۔ متعارف متداول پوری تفسیر خوشخط۔

تفسیر اسرار الفاتحہ۔ مصنفہ ملا معین ہروی در تصوف۔

## کتب فقہ اردو

غایۃ الاوطار۔ ترجمہ اردو در مختار مترجمہ مولوی خرم علی و مولوی محمد احسن کامل چار جلد مین

راہ نجات۔ ضروری مسائل نماز و روزہ وغیرہ

مفتاح الجنۃ۔ از مولوی کرامت علی جونپوری۔

حقیقۃ الصلوۃ۔ مع رسالہ بے نمازان۔

ترجمہ فتاوی عالمگیری۔ کامل ہر چہار جلد مع مقدمہ یعنے جلد اول مترجمہ مولانا احتشام الدین وباقی ہر سہ جلد مع مقدمہ مترجمہ مولانا امیر علی۔

کشف الحاجات۔ ترجمہ اردو مالا بد منہ از مولوی محمد نور الدین۔

نور الہدایہ ترجمہ شرح وقایہ اردو۔ ہر چہار جلد یکجائی مطبوعہ نظامی۔

## کتب حدیث فارسی

اشعۃ اللمعات حامل المتن۔ شرح مشکوٰۃ از مولانا محمد عبد الحق دہلوی چار مجلدات مین پوری شرح مع ترجمہ۔

## کتب تفاسیر اردو

تفسیر قادری۔ ترجمہ اردو تفسیر حسینی مترجمہ مولوی فخر الدین صاحب کامل دو جلد مین۔

تفسیر زاد الآخرت۔ نظم مین پوری تفسیر قرآن کی کمال عمدگی سے کامل چار جلد مین از مولوی عبد السلام۔

تفسیر سورۂ فاتحہ۔ مسمی بہ تحفۃ الاسلام از مولوی اکرام الدین۔

تفسیر سورۂ یوسف۔ سہ مصرعہ از مولوی اشرف علی۔

ایضاً۔ چار مصرعہ حسب مراتب بالا۔

پنجسورہ مترجم۔ باترجمہ اردو۔

## کتب حدیث اردو

مظاہر حق۔ ترجمہ مشکوۃ المصابیح مترجمہ جناب مولانا محمد قطب الدین دہلوی مرحوم و مغفور۔ چار جلد مین حامل المتن۔

ایضاً۔ حسب مراتب بالا۔ مطبوعہ ۱۸۹۳ء

تحفۃ الاخیار۔ ترجمہ اردو مشارق الانوار مترجمہ مولوی خرم علی۔

ترجمہ جامع ترمذی۔ حامل المتن کامسلسل مترجمہ مولوی فضل احمد انصاری لاہوری۔